

**EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ELECTRÓNICO Y SU EFICACIA EN
LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMO EN COLOMBIA**

JOHANA CAROLINA ADAME ERAZO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2017

EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ELECTRÓNICO Y SU EFICACIA EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMO EN COLOMBIA

JOHANA CAROLINA ADAME ERAZO¹

Monografía de Grado para optar al título de Magíster en Derecho público

Director:

HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2017

¹Abogada-Consultora. Especialista en Derecho Administrativo y servicios públicos U. Externado de Colombia, Universidad Santo Tomas. Aspirante a la Maestría en Derecho Público, U. Konstans Alemania. Docente Universidad Antonio Nariño Sede Duitama Facultad de Justicia y del Derecho. Asesora en servicios públicos domiciliarios de los planes departamentales de Boyacá, Santander, Guainía
E-mail: carolinaadameerazo665@gmail.com,

Le doy gracias a Dios quien me ha dado la oportunidad de cumplir este propósito en mi vida.
Le dedico este triunfo a mi hija Isabella y mi madre quienes son el motor de mi vida.
Infinito agradecimiento a mi tutor, Hugo Sánchez, quien siempre me apoyó y creyó en mí.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
PARTE 1 COLOMBIA Y AMÉRICA LATINA FRENTE A UN NUEVO PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XX	16
UBICACIÓN DEL TEMA	16
CAPÍTULO I PRINCIPALES INNOVACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA	21
1.1 DOCUMENTO ELECTRÓNICO	37
1.2 APLICACIÓN DE LAS TIC EN LA JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.....	39
1.3 EL DERECHO DE PETICIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO.....	44
1.4 CAPACIDAD PROCESAL	48
1.5 CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA	51
CAPÍTULO II EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO CON ESTADOS UNIDOS, CHILE, ARGENTINA	54
2.1 PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	59
2.1.1. PLANEAMIENTO	61
2.1.2. ELEMENTOS DEL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	
61	
PARTE 2 EL ARBITRAJE DE LA CONTRATACIÓN COMO UN NUEVO RETO PARA EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO	66

CAPÍTULO I	EL ARBITRAJE Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PÚBLICO	66
1.1	NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.....	69
1.2	NOVEDADES DE LA LEY 1653 DE 2012 EN MATERIA DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL	70
1.3	ARBITRAJE ON LINE	73
CAPITULO II	UNA APROXIMACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES A LA APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN	78
2.1	CONTRATO ELECTRÓNICO	79
2.2	VALIDEZ DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	81
2.3	EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	82
2.4	FORMAS DE MANIFESTAR EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	84
2.5	FIRMA ELECTRÓNICA.....	85
2.6	NEGOCIACIÓN ELECTRÓNICA.....	87
2.7	LA JURISDICCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	88
2.8	INTEGRACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.....	89
2.9	CONFLICTO DE LEYES	92
CAPITULO III	LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS, COMO UN NUEVO RETO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.	94
3.1	ALGUNAS VICISITUDES DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR	97

3.2 OBLIGACIONES ESPECIALES DE LOS PROVEEDORES O EXPENDEDORES EN MATERIA ELECTRÓNICA	98
3.3 EJERCICIO PROCESAL EN EL DERECHO AL CONSUMIDOR	103
3.4 TIPOS DE PAGOS ELECTRÓNICOS Y CUMPLIMIENTO DEL LITERAL C DEL ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR	105
CAPITULO IV EL CONSENTIMIENTO Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.	
REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS Y LA PROTECCIÓN DE NORMAS DE DERECHOS AL CONSUMIDOR.....	106
4.1 CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO Y MODELOS DE NEGOCIOS.....	107
4.2 EL CONSENTIMIENTO.....	107
4.3 DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES	108
4.4 DEBERES DE LOS CONSUMIDORES	108
DEFINICIONES	108
CONCLUSIONES	110
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116
REFERENCIA DE JURISPRUDENCIA	120
REFERENCIA DE NORMAS	121

RESUMEN

El objetivo principal de esta investigación es examinar el procedimiento contencioso electrónico en el arbitraje de los contratos estatales frente a la protección del derecho al consumo. El texto está dividido en dos partes. En la primera parte se presentan los cambios en los procedimientos contenciosos administrativos en Colombia y algunos países de América Latina en la última década del siglo XX. En un primer capítulo se examinan las innovaciones en el derecho administrativo en Colombia y en el segundo capítulo se señalan algunos aspectos básicos del derecho electrónico frente a países como Chile, Argentina y España. En la segunda parte de la investigación se pretende describir el arbitraje en la contratación estatal en el marco de la legislación colombiana sobre los procedimientos electrónicos. En un primer momento se examinan los antecedentes históricos del arbitraje, posteriormente se hace una aproximación de los contratos estatales con la aplicación de las TIC y finalmente se analiza la protección del derecho al consumo en el arbitraje de la contratación estatal. A partir de esto se espera extraer conclusiones sobre la efectividad en la protección de los derechos del consumidor en lo referente al arbitraje de la contratación dentro del marco de la implementación de los medios electrónicos en los procesos contenciosos.

Palabras clave: TIC, Procedimiento contencioso electrónico, Arbitraje en la contratación, Derechos de consumo.

ABSTRACT

The main objective of this research is to examine the Electronic Contentious Proceedings in the Arbitration of state contracts in contrast with the protection of Consumer Rights. The text is divided into two parts. First part shows the changes in Administrative Litigation Proceedings in Colombia and in some countries of Latin America in the last decade of the twentieth century. In the first chapter are indicated innovations in Administrative law in Colombia, and the second chapter reviews some basic aspects of electronic law compared to countries like Chile, Argentina and Spain. In the second part of the research is described the government contract arbitration under Colombian law on electronic procedures. At first the historical background of arbitration are examined, then an approximation of the state contracts with the application of TIC is made, and finally the protection of consumer rights in the arbitration of the state contracting is analyzed. From this it is expected to draw conclusions about the effectiveness of the protection of Consumer Rights in relation to contract arbitration within the framework of the implementation of electronic media in Contentious Proceedings.

Keywords: TIC, Electronic Contentious Proceedings, Contract Arbitration, Consumer Rights.

INTRODUCCIÓN

El derecho procesal colombiano ha tenido innumerables cambios durante el siglo XXI, especialmente a la forma de notificación de las partes, toda vez que con la introducción de la oralidad en los procesos tanto civiles como administrativos y junto con la implementación en la justicia de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC- se ha producido un vuelco total en la materia. En el mismo sentido, y con ayuda de la globalización, se ha pretendido efectuar celeridad y eficiencia dentro de los procesos. Es por ello que se han hecho innumerables cambios, tanto en el proceso civil como en el contencioso administrativo, los cuales se evidencian con la expedición de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012, con las que se han impreso grandes cambios en cada una de las materias que regulan, y además se hace necesario el estudio de los factores que tanto directa como indirectamente (remisión expresa de las normas) han influido e influirán en el procedimiento contencioso administrativo, con la entrada en vigencia progresiva de las nuevas normas procesales, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011- en concordancia con el canon 1 del Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012-.

Dicho lo anterior es muy importante tener en cuenta todos y cada uno de los derechos del consumidor puesto que como es de Perogrullo en muchas ocasiones son violentados, ya sea por la falta de conocimiento de las leyes que actualmente los ampara o porque sencillamente las empresas no tienen en cuenta al consumidor a la hora de ofertar sus productos, en lo que sigue de este trabajo de investigación se hablara sobre las notificaciones hechas mediante procedimientos administrativos.

Por ello en el siguiente escrito se abordan los principales cambios que introduce la Ley 1437 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), de enero 18 de 2011 al Código Contencioso Administrativo Decreto 01 de

enero 2 de 1984), para este fin se explican varios asuntos de absoluta relevancia que este nuevo código incluye y que para los estudiantes de derecho resulta indispensable su conocimiento y aprendizaje como son; la entrada en vigencia de dicha ley reformativa, el ánimo y objeto de la reforma, también es importante resaltar que los aspectos reformados de mayor trascendencia se dan con referencia al Procedimiento Administrativo, luego al Procedimiento Contencioso Administrativo, también, en cuanto al fortalecimiento de la Función Consultiva, a la transición y finalmente, el aporte o innovación que definitivamente dio trascendencia a la administración, que tiene su origen en la implementación del gobierno en línea, específicamente todo lo que se refiere a la notificación electrónica.

Sobre la entrada en vigencia, se puede decir que la ley que introduce reformas al Código Contencioso Administrativo Colombiano y que expide el Nuevo Código general del proceso Ley 1564 de 2012 y de lo Contencioso Administrativo entró en vigencia para el mes de Julio del año 2012 y la ley 1480 de 2011 el nuevo estatuto del consumidor en especial el artículo 50 y siguientes donde se estable el procedimiento de defensa de los usuarios por medios electrónicos.

En consecuencia de lo anterior surge esta investigación ante la creciente necesidad de reconocer la normativa vigente en lo referente a los derechos que tiene el consumidor en primer lugar, cuando se contratan servicios públicos por medios electrónicos; y en segundo lugar, por los requerimientos de la sociedad moderna respecto a la simplificación de los procedimientos administrativos y judiciales. Es decir, se impone la necesidad de reflexionar sobre su visión, objetivos y metas, respecto a la simplificación de todos los procedimientos administrativos y judiciales, para procurar la eficacia de la actuación y de la jurisdicción contencioso – administrativo en su control.

En primer lugar en la actualidad existe un marcado interés de conocer las particularidades de la ley 640 de 2001 y determinar los límites y alcances de la Ley 1480 de 2011, todo enmarcado en la dignidad humana que caracteriza a la Constitución Política colombiana.

En vista de lo anterior hay una conveniencia social en la que existe un gran interés por los derechos del consumidor. Así mismo este trabajo tiene implicación práctica ya que una vez logrados los objetivos y finalizado el proyecto, los resultados podrán ser utilizados en una clasificación de los elementos necesarios para una efectiva protección no solamente de los consumidores si no inclusive de los proveedores de los servicios públicos que utilicen medios electrónicos como parte de su función.

En otras palabras es una significativa innovación en todo el ordenamiento jurídico y legal del país que se refleja en las modificaciones y adhesiones que presenta el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo.

Finalmente este trabajo es una herramienta que sirve de vital insumo del proceso de prevención las disputas entre consumidores y empresas prestadoras de servicios, por esta vía se pueden crear o fortalecer los vínculos entre normas y sociedad.

En segundo lugar la finalidad de esta investigación es de tener en cuenta que en las últimas décadas el Derecho de Protección del Consumidor que han jugado un papel importante en las relaciones comerciales que se viven cotidianamente. Esto ha hecho que tome cada vez más importancia este tema y por su puesto una gran relevancia a nivel mundial. Por otro lado y a la par del derecho del consumidor, viene creciendo a pasos agigantados el Derecho del Comercio Electrónico, rama totalmente nueva que ha venido a dinamizar y articular las relaciones comerciales como se han conocido hasta ahora, y la cual no ha sido debidamente regulada en nuestra legislación.

Para entrar a definir la contratación internacional por medios electrónicos debe referirse entonces a las comunicaciones a través de medios tecnológicos, entendiendo el comercio electrónico, como la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios (Ley 527/99 artículo 1 inciso b define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico), dirigidos estos a personas indeterminadas que en el ámbito legal son consideradas como invitaciones a presentar ofertas.

En este mismo sentido debe analizarse también en qué nivel se dan las relaciones de consumo, si son a nivel local o a nivel internacional y estas deben llevar a la vinculación en aplicación de disposiciones sobre protección de consumidores es así como la (Ley 1480 de 2011, artículo 49 define el comercio electrónico), establecidas en el art 158 de la ley 142 de 1994. En esta ley se establecen varias obligaciones a productores y expendedores frente a los consumidores que acceden a sus servicios a través de medios electrónicos ya sean “On line” como el chat, páginas electrónicas, video conferencia o por medio “off line” fuera de la línea, es decir con personas ausentes, mediante el uso del correo electrónico y la firma digital.

Así mismo el artículo 152 de la Ley 142 de 1994, en lo referente a la defensa de los usuarios en sede de la empresa se encuentra que por esta vía proceden el derecho de petición y los demás que recursos son de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa, tales como lo relativo a peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos. Las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela, de modo que, en cuanto la ley no disponga otra cosa, se proceda de acuerdo con tales costumbres.

Teniendo en cuenta lo dicho por el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994 el ordenamiento de la defensa del usuario del artículo 158 y reglamentado por la nueva ley 1437 de enero 18 del 2011, por medio de la cual se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano un nuevo código de procedimiento y de lo contencioso administrativo, que pretende, dentro de los postulados constitucionales y la definición de Colombia como un Estado democrático y social de derecho, establecer las consecuencias jurídicas de la actuación de la Administración Pública y de los particulares que ejercen función administrativa en relación con las personas, así como en el adecuado sometimiento de dichas actuaciones al control del juez administrativo. Pues frente a ello, se impone la necesidad de reflexionar sobre su visión, objetivos y metas, principalmente la simplificación de todos los procedimientos administrativos y judiciales, para procurar la eficacia de la actuación y de la

jurisdicción contencioso – administrativo en su control, así como de la expedición de la ley 1480 de 2011 el nuevo estatuto del consumidor en donde determina los procedimientos administrativos idóneos para ejercer la defensa del usuario de servicios públicos que haya contratado por medios electrónicos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior surge entonces la siguiente pregunta objeto de investigación:

¿Los procedimientos administrativos y judiciales a través de los medios electrónicos son adecuados para la defensa y protección de los derechos del consumidor?

Dentro de este aspecto, reviste importancia la forma en que la Administración y el Juez administrativo deben proteger efectivamente los derechos fundamentales de los usuarios de servicios públicos, los derechos públicos subjetivos y los intereses legítimos y mantener un equilibrio entre éstos y las libertades y privilegios de la Administración. En este sentido, es de especial atención la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, la relación de los medios de control con las medidas cautelares, la utilización de los medios electrónicos en las actuaciones administrativas propias del procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo, así como el desarrollo del proceso, a través de audiencias que procuran impulsar la oralidad en las actuaciones.

- Los procedimientos administrativos son idóneos para ejercer la defensa del usuario cuando estos hayan efectuado contratos por medios electrónicos.
- El nuevo procedimiento que se encuentra en la Ley 1480 de 2011 permite que los medios electrónicos actúen como medio adecuado para la defensa y protección del derecho al consumidor.

Por esta razón el objetivo es Determinar la simplificación de los procedimientos administrativos y judiciales a través de medios electrónicos en todos los ámbitos judiciales especialmente en la defensa del derecho del consumidor.

1. Analizar si la simplificación de los procedimientos administrativos y judiciales a través de medios electrónicos es adecuada para la defensa y protección de los derechos al consumidor.
2. Dar a conocer las principales novedades normativas del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, ley 1564 de 2012. y 1480 de 2011.
3. Analizar la implementación de dichas innovaciones en el procedimiento administrativo, específicamente respecto a los derechos del consumidor.

Desde el punto de vista metodológico para la obtención de la información se abordaran diversos contenidos legales, doctrinales y jurisprudenciales en los cuales desarrolló la investigación, con el fin de que los lectores conozcan los conceptos jurídicos relativos a cada tema y puedan determinar aspectos o temas fundamentales, y la presentación de las principales reformas.

Para su mejor comprensión este trabajo está dividido en dos partes, a saber:

Una *primera parte* que tiene como fin analizar los procedimientos contenciosos administrativos en Colombia y algunos países de América Latina en la última década del siglo XX. Dividiendo este en dos capítulos, el primer capítulo examina las innovaciones en el derecho administrativo en Colombia y el segundo capítulo señala algunos aspectos básicos del derecho electrónico frente a países como Chile, Argentina y España.

En la *segunda parte* de la investigación se describe el arbitraje en la contratación estatal en el marco de la legislación colombiana sobre los procedimientos electrónicos. Al efecto, se examinan los antecedentes históricos del arbitraje, se analizan los contratos estatales con la aplicación de las TIC y finalmente se examina la protección del derecho al consumo en el arbitraje de la contratación estatal.

Es importante resaltar que la metodología utilizada esta Investigación por el objeto de estudio está ligada con la investigación de campo. Se trabaja en el ambiente natural en que se puede aplicar las innovaciones del derecho administrativo y de donde se obtendrán los datos más relevantes. Tiene un enfoque cualitativo, por el nivel de análisis de la información, se basa en la interacción social empleando métodos de recolección de datos, con el propósito de explorar los inconvenientes reales y describir la realidad tal como la experimentan sus protagonistas y las posibles restricciones y es una investigación analítica-descriptiva pues incluye tanto el análisis como la síntesis.

Al final de este trabajo, se extraen conclusiones sobre la efectividad en la protección de los derechos del consumidor en lo referente al arbitraje de la contratación dentro del marco de la implementación de los medios electrónicos en los procesos contenciosos.

PARTE 1 COLOMBIA Y AMÉRICA LATINA FRENTE A UN NUEVO PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XX

UBICACIÓN DEL TEMA

La notificación electrónica en el actual gobierno en línea se ha consagrado como la reforma más interesante e innovadora, ya que ha permitido un cambio sustancial a las formas, requisitos, presupuestos en cuanto a los organismos administrativos centralizados y descentralizados por servicios o por territorio, los cuales deben acatar e implementar. La sistematización de todas las funciones y procedimientos de la administración implica un cambio importante, significativo y por demás complejo, pues involucra todos los entes que la conforman.

El origen o fundamento para que el gobierno colombiano haya implementado la tecnología en la administración nacional obedece a la globalización económica motivada por la transmisión de la información, a través de los medios tecnológicos innovadores que trae el nuevo siglo con desarrollo del internet y las comunicaciones. Se presenta como una de las principales causas para que los gobiernos de los países desarrollados del mundo ingresen a la creación de unas plataformas de comunicación e implementación del gobierno electrónico o gobierno en línea. Ayudando así a mejorar el uso y acceso a la administración de justicia, sustentado en la implementación de estas tecnologías al servicio de todos los entes gubernamentales y por ende a la ciudadanía en general.

Esto trae una importantísima innovación en todo el ordenamiento jurídico y legal Colombia que se refleja en las modificaciones y adhesiones que presenta el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo.

El Acuerdo PSAA06-3334 de 2006 reglamenta la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia. Se refiere a la notificación por medios electrónicos en términos de publicación de la misma en Web otorgándole un carácter informativo.

El uso de la notificación electrónica está soportado en términos de la equivalencia funcional dado que la Ley 527 de 1999 establece que los mensajes de datos tienen la misma validez jurídica que los escritos. En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió el Concepto No. 1.989 de 2010, según el cual la solución de Notificación en línea diseñada por el Programa Gobierno en línea es funcionalmente equivalente y tiene el mismo efecto legal de la notificación personal.

Ante el uso masivo de los medios electrónicos en todos los campos de la administración pública, el Sistema Judicial no podía ser la excepción del programa colombiano denominado Agenda de Conectividad como estrategia del gobierno en línea. El uso del correo electrónico en comunicaciones oficiales, tales como las notificaciones judiciales, tienen en juego derechos fundamentales como el debido proceso, legalidad, defensa etc. Estas comunicaciones oficiales deberán estar sometidas a unas condiciones especiales de seguridad como las que ofrece las entidades certificadoras de firmas digitales: los llamados “*Fedatarios Judiciales*”.

El afán de estar a tono con el uso de TIC en los procedimientos judiciales no puede ser excusa para legitimar el uso de métodos no confiables, sin considerar las consecuencias que generan sistemas que no garantizan seguridad en la transferencia de datos. Efectivamente la jurisprudencia citada por el Consejo de Estado se refiere a las notificaciones judiciales electrónicas y que para el caso me parece que esta clase de ejercicio en las condiciones expuestas por nuestra Suprema Corte genera equivocaciones en cuanto a las garantías procesales (violación de derechos fundamentales). Estos temas están profundizados en la Ley 1480 de 2011, estatuto del consumidor por medios electrónicos; Ley 1581 de 2012, protección de datos; y, por último, la Ley Hineostroza que vincula los medios electrónicos en el arbitramento.

Si se observa con detenimiento la sala de Casación Penal sobre notificaciones judiciales electrónicas y lo comparamos con los presupuestos exigidos en Colombia por la Ley 527 de 1999 (sobre la validez de un mensaje de datos y especialmente de carácter judicial) notarán las equivocaciones de validez: Los artículos 6, 7, 8 y 9 establecen los requisitos jurídicos de

los mensajes de datos; especialmente el artículo 7° señala que cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma (una notificación-personal- judicial por ejemplo por correo pop) en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

“a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación.

b) El método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.- Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito estableció en cualquier norma constituye una obligación como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma”. (Ley 527 de 1999, Artículo 7).

Todas estas garantías según lo investigado y analizado sólo las ofrecen los Fedatarios Judiciales o las mismas llamadas entidades certificadoras de firma digital, que garantizarán la integridad, inalterabilidad, y confidencialidad de un mensaje de datos judicial. Para mi concepto, estas garantías se le deben imprimir a una notificación judicial y más si se trata de una que se le quiere dar carácter de personal. El mensaje referenciado por la Corte se envía a través de los llamados emails pop (*Post Office Protocol*): los gratuitos Hotmail, Gmail, Latinmail, etc., los cuales no ofrecen suficiente garantía, a diferencia de la confiabilidad que sí tendrían los fedatarios judiciales cuando se implementen. Sin estas características técnicas, los mensajes de datos no ofrecerán ninguna garantía de confiabilidad procesal a sus interlocutores. Además de lo anterior, debe existir consentimiento entre el usuario y el sistema judicial del Estado (las Cortes), y esta manifestación no puede ser tácita.

Según lo evaluado estadísticamente, en la mayoría de los países en donde se ha implementado este servicio se torna oneroso para el ciudadano (el servicio se le debe cancelar al Estado), previa a una manifestación expresa de aceptación de uso.

Para aplicar y utilizar estos medios electrónicos de transferencia de información y especialmente para las notificaciones, el Juez de Control de Garantías debe establecer siempre en las audiencias públicas o reservadas, una vez declarada abierta y antes de entrar

de lleno en el caso, una consigna más o menos en los siguientes términos: *“Están las partes (Delegado del Fiscal, delegado del Procurador General como Ministerio Público y Defensor de confianza o público) en capacidad de aceptar la transferencia de datos judiciales a través de sus correos electrónico con este Estrado”*. Con base en esta fórmula se logra que las partes acepten que la autoridad judicial que conozca del asunto les envíe correspondencia judicial electrónica a sus respectivas direcciones, igualmente se acepta que la dirección oficial del Juzgado recepciones sus mensajes.

Finalmente hay que recordar que la Ley 794 de 2003, en su artículo 32 que modificó a su vez el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, señala en su párrafo primero, que el Consejo Superior de la Judicatura implementará la creación de las firmas digitales certificadas (los Fedatarios Judiciales) dentro del año siguiente a la promulgación de esta ley, esto es, hablamos a partir del 8 de enero de 2003. Y sólo se expidió el Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2 de marzo de 2006 que establece los actos de comunicación procesal electrónicos y legitima el uso de medios electrónicos ordinarios en los procesos judiciales, pero no dice absolutamente nada sobre la orden dada por la Ley acerca la implementación de los fedatarios; incluso el mismo Acuerdo los identifica a manera de información pero no se refiere a la implementación o como proyecto futuro del sistema judicial. Este es uno de los puntos de gran preocupación de la ley en estudio, es decir, la de generar garantías de seguridad, confidencialidad, integralidad y originalidad en la transferencia de mensajes datos judiciales.

La verdadera implementación de los Fedatarios Judiciales evitarán cualquier suspicacia porque no se podrá desvirtuar y, por tanto, el envío será verdadero y confiable; se obtendrá un confiable recibido certificando a las partes que intervienen en un proceso, a diferencia de la falta de garantías de la mayoría de los sistemas ordinarios de correo electrónico.

El mismo Acuerdo señalado arriba define los Fedatarios Judiciales como las entidades o personas jurídicas que, autorizadas conforme a la Ley, están facultadas para emitir certificados en relación con las firmas electrónicas de las personas, también deben procurar por ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y

recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a la seguridad de comunicaciones basadas en las firmas electrónicas.

En conclusión, hasta cuando no se haya implementado verdaderos Fedatarios Judiciales en los procedimientos judiciales colombianos, no le será legítimo al especialista judicial el uso de estos medios, y así exigir integralidad, originalidad, inmediatez y confiabilidad del mensaje de datos (notificaciones); virtudes que sólo ofrecen las entidades certificadoras, desestimando cualquier intento de rechazo de envío o recepción. Esto también le será garantía al usuario del sistema para desvirtuar comunicaciones no recibidas, extraviadas o interceptadas.

Hay un punto interesante para tratar y es la Agenda de Conectividad que es la política del Estado, consagrada en el Documento CONPES 3072 de 2000, dirigida a contribuir con un sector productivo más competitivo, un Estado moderno y una comunidad con mayores oportunidades para el desarrollo que aproveche las ventajas que las nuevas tecnologías nos ofrecen.

Las Tecnologías de Información y Comunicaciones -TIC- representan una oportunidad única y un gran desafío para que los países en vía de desarrollo den un salto cualitativo en nuestra evolución económica, política, social y cultural. Están transformando la manera en que se vive, se trabaja o se hacen negocios y, en el caso que trato, para la forma como el Estado se relaciona con sus ciudadanos.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones regula la normatividad del Gobierno en Línea o Electrónico (G.E.) en Colombia.

En Colombia, las normas internacionales en seguridad de la información han sido adoptadas por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC), y el Gobierno Colombiano ha generado normativas de control interno como el MECI1000 y de

calidad como la NTCGP1000 apoyado por estándares internacionales (COSO, ISO9001 respectivamente).

El acceso a la administración de justicia a través de las nuevas tecnologías está concordado con los principios generales del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que implementa y valida su uso.

Regirá, como ya lo había citado, a partir del 2 de julio de 2012 y que sin duda alguna incidirá de manera importante en la Administración Pública y en el ejercicio de la labor judicial a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Hay una actividad importante que se realizó con ocasión de la reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a través de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011. La ESAP y el Consejo de Estado han considerado de la mayor importancia propiciar la difusión y presentación de esta nueva normatividad que regirá a partir del 2 de julio de 2012 y que sin duda alguna incidirá de manera importante en la Administración Pública y en el ejercicio de la labor judicial a cargo de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

CAPÍTULO I PRINCIPALES INNOVACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

Actualmente nos encontramos frente a una forma de telecomunicación que nos ha permitido reducir tiempos y espacios, imponiendo celeridad, autenticidad e integralidad a las actividades de los hombres. Es por ello que el país no se ha quedado atrás con el avance en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones. Se ha buscado legislar en este campo, pero aún existen gigantescos vacíos legales; a pesar de ello, se ha logrado en gran medida la celeridad y eficacia de los procedimientos y actuaciones tanto de la

administración como de los órganos judiciales con el objetivo de ofrecer una justicia efectiva en el país.

Según Londoño, el uso de las tecnologías de la información “ha permitido el acercamiento con personas más allá de las fronteras nacionales con una facilidad antes inconcebible, al mismo tiempo ha permitido a los gobiernos tratar de buscar un mayor acercamiento entre los ciudadanos y las empresas con sus instituciones, debido a su capacidad para brindar mayores niveles de participación e interacción, acelerando la prestación de servicios a un ritmo inimaginable en el pasado, lo que se ha denominado *e-government*²” (Londoño, 2010, p. 125).

Durante el transcurso de este capítulo se tratarán los cambios más relevantes dentro del proceso contencioso administrativo, haciendo hincapié en la implementación de los documentos y notificaciones electrónicas.

LA EXPEDICIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Es de resaltar lo dicho por el Congreso de la República al expedir la Ley 1437 de enero 18 del 2011, por medio de la cual se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano un nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, mediante la cual se pretende, dentro de los postulados constitucionales y la definición de Colombia como un Estado democrático y social de derecho, establecer las consecuencias jurídicas de la actuación de la Administración Pública y de los particulares que ejercen función administrativa en relación con las personas, así como en el adecuado sometimiento de dichas actuaciones al control del juez administrativo. Pues frente a ello, se impone la necesidad de reflexionar sobre su visión, objetivos y metas, y principalmente la simplificación de todos

² La administración electrónica o «e-government» se define como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las administraciones públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal. El objetivo es mejorar los servicios públicos, reforzar los procesos democráticos y apoyar a las políticas públicas (Comisión Europea, 2003, p. 3).

los procedimientos administrativos y judiciales para procurar la eficacia de la actuación y de la jurisdicción contencioso – administrativo en su control.

Dentro de este aspecto, reviste importancia la forma en que la Administración y el Juez Administrativo deben proteger efectivamente los derechos fundamentales de las personas, los derechos públicos subjetivos y los intereses legítimos y mantener un equilibrio entre éstos y las libertades y privilegios de la Administración. Es por ello que mediante la ley 1437 se buscó implementar diferentes instituciones tendientes a promover el ejercicio y la protección de las garantías de los ciudadanos como lo pertinente al Derecho de petición y desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos y contencioso administrativos, deben regirse por los principios constitucionales y legales reseñados para su interpretación y aplicación, los que resultan de importancia cardinal a la hora de verificarse los trámites propios del derecho de petición, pues es evidente que al ser este el mecanismo a través del cual se promueve la iniciación de las actuaciones administrativas, tal como lo consagra el artículo 4° de la Ley 1437 de 2011, cuando se ejerce en interés particular o en interés general, es claro que estos principios deben orientar el procedimiento que se imprima a las solicitudes que eleven las personas ante la administración, de lo que se infiere que la trasgresión de cualquiera de esos principios implica a su vez la violación de derecho de petición.

El artículo 5 de la nueva ley que rige las actuaciones administrativas, consagra los denominados derechos de las personas ante las autoridades, los cuales coinciden con los elementos que definen del núcleo esencial del derecho de petición, como el de elevar peticiones, a través de cualquier medio eficaz, acceder a información, obtener respuesta oportuna y de fondo, a recibir atención preferencial cuando se trate de sujetos de especial protección condicional, a presentar pruebas, a ser oído e informado de las decisiones.

Por supuesto, no solamente se consagran genéricamente los derechos de las personas en las actuaciones, también contempla el estatuto analizado, los correlativos deberes de aquellas, referidos primordialmente a exigir del peticionario, una actuación conforme a la Ley y a la Constitución, fundada en la buena fe, la lealtad y la honestidad procesal, la obligación de dirigirse de forma respetuosa a la autoridad pública y la prohibición del uso de maniobras

fraudulentas, falsarias o temerarias so pena de las sanciones a que hubiere lugar, dejándose en claro que la infracción de estos deberes no puede ser tomada como indicio en su contra o como causal para la negación de lo solicitado.

En los artículos 7°, 8° y 9° del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se contemplan los deberes y prohibiciones para las autoridades, en relación con los asuntos que ante ellas se tramiten, consagrando, en lo que respecta al derecho de petición, la atención amable y respetuosa del usuario, y el trámite oportuno de las peticiones que ante ellas se eleven.

Así mismo, son deberes de las autoridades administrativas mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, sobre sus competencias, funciones y los servicios que prestan, los procedimientos que en su seno se aplican, los requisitos que se exigen al ciudadano para el trámite de sus solicitudes, entre otros, quedando vedado para la autoridad administrativa negarse a recibir, tramitar o resolver las peticiones de las personas, hacer exigencias de requisitos no previstos por la ley y requerir del peticionario certificaciones o documentos que reposen en la respectiva entidad.

Dilatar la expedición de los actos administrativos, su comunicación o notificación y ejercer toda forma de presión, intimidación o discriminación a las personas que acudan ante su sede promoviendo la iniciación de las actuaciones administrativas a través del ejercicio del derecho de petición.

En desarrollo de los principios, derechos y deberes de las personas y la administración, el legislador resolvió establecer las reglas para el ejercicio del derecho de petición, consagrándolo en el artículo 13 de la Ley.

Así la creación de una herramienta jurídica importante como la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado extendida a terceros en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), reemplazó la teoría del Precedente Jurisprudencial desarrollada tanto por el Alto Tribunal en

materia Contencioso Administrativo, como por la Corte Constitucional, a través de reiterados pronunciamientos o por el contrario, si dichas instituciones coexisten y se pueden aplicar de manera unísona. Para ello, se estudió el papel que la Jurisprudencia ha tenido como fuente del Derecho, claro está, sin dejar de lado que este ordenamiento jurídico desde sus inicios se ha visto influenciado por el Sistema Romano Germánico, hasta llegar al precedente jurisprudencial como fuente primaria de los Jueces para tomar sus decisiones. Concomitante con lo anterior, se analizó la figura de la Unificación Jurisprudencial de cara a los diferentes pronunciamientos tanto del Alto Tribunal como de lo establecido en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para así culminar el objetivo formulado y la relación de los medios de control con las medidas cautelares, la utilización de los medios electrónicos en las actuaciones administrativas propias del procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo, así como el desarrollo del proceso a través de audiencias que procuran impulsar la oralidad en las actuaciones, que es donde se centra la presente investigación.

Duque comenta que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” trae innovaciones que resultan idóneas para el cumplimiento de los principios que rigen la correcta función administrativa, en efecto, indica que, lo previsto en el artículo 77 en torno a la notificación por medio de correo electrónico, al igual que todo el capítulo IV, título III, específicamente en los artículos 53 y siguientes los que hacen relación con la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, y finalmente lo previsto en el artículo 81 relativo al desistimiento, en cualquier tiempo, de los recursos interpuestos, (Duque, 2012, p .64). No obstante, la implementación de la Ley implica para el Estado Colombiano un esfuerzo fiscal enorme para lograr hacer concordar el contenido del nuevo Código con la realidad institucional que enfrentan los distintos organismos del Estado, pues en algunas oficinas públicas no logran si quiera trabajar con el mínimo de condiciones tecnológicas.

Con la puesta en marcha de la Ley, estima Duque se podrá “liberar al particular de procedimientos demorados y nugatorios de sus derechos con el fin de trasladarle una mayor responsabilidad a las autoridades tanto en el ámbito de la juridicidad de sus “actos y

actuaciones cumplidas con transgresión u omisión” (Duque, 2012, p .64). En este sentido, se espera la protección real de los principios propios de la función administrativa y que igualmente, los funcionarios cumplan con idoneidad su deber.

En este trabajo se ha partido de la implementación de los medios electrónicos en los procesos contenciosos, especialmente lo referente al arbitraje de la contratación, lo cual se abordará muy sucintamente durante el texto, haciendo especial énfasis en los cambios normativos que existen en la actualidad, y concluyendo frente a la efectividad en la protección de los derechos del consumidor en estas mismas instituciones.

Al iniciar con el estudio contenido en este texto, se planteó como objetivo general de la investigación el examinar el procedimiento contencioso electrónico en el arbitraje de los contratos estatales frente a la protección del derecho al consumo, pero para ello era pertinente establecer una serie de objetivos específicos, los cuales nos permitieron abordar la temática de una forma comprensible para el lector. En primer lugar, se estableció como un objetivo específico señalar los principales cambios en el procedimiento contencioso administrativo; en segundo lugar, establecer algunos aspectos básicos frente al derecho electrónico frente a países latinoamericanos como Chile, Argentina, contra Estados Unidos. Entendiendo como Derecho Informático a un conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la interrelación entre el Derecho y la informática. Es una rama del derecho especializado en el tema de la informática, sus usos, sus aplicaciones y sus implicaciones legales. El término "Derecho Informático" (Rechtsinformatik) fue acuñado por el Prof. Dr. Wilhelm Steinmüller académico de la Universidad de Ratisbona de Alemania, en los años 1970.

Con la aparición de las TICS la historia de la humanidad ha ido evolucionando con el uso del Internet y las Telecomunicaciones, que nos permite navegar en un universo de conocimientos, que nos brinda información de manera rápida y nos permite la comunicación a través del chat, transmitimos y recibimos información de cualquier parte del mundo; y todo parece perfecto; pero no siempre es tan maravilloso.

El uso del Internet nos sirve para compartir avances científicos, tecnológicos y para el estudio a través de la Web; Ingles, Especializaciones, Maestrías; pero todo no es color de rosa cuando aparecen los famosos virus, los delitos informáticos; causados por delincuentes informáticos con acceso a sitios Web que obtienen información privada de bancos de datos, de diferentes empresas; la ciber extorsión, los virus, los gusanos.

Posteriormente se pretendió describir el arbitraje en la contratación estatal en el marco de la legislación colombiana y finalmente se analizó la protección del derecho al consumo en el arbitraje de la contratación estatal. La naturaleza jurídica del arbitraje podría llegar a ser mixta asumiendo que el tribunal de arbitramento nunca se conformaría si no existiera un acuerdo previo de las voluntades para conformarlo, y de esta forma alejar a la justicia ordinaria de toda decisión que se pretenda tomar en el caso concreto. Por otro lado, una vez las partes, mediante un acuerdo de voluntades, dan nacimiento al arbitraje, éste adquiere una calidad especial conferida por la constitución política en su artículo 116, mediante el cual los árbitros quedan investidos transitoriamente de la facultad jurisdiccional de impartir justicia vinculando desde este punto de vista los dos aspectos. En conclusión, como se puede observar de las normas tanto nacionales como internacionales, el acuerdo de arbitraje se puede surtir efectivamente por medios electrónicos, y aludiendo al principio de equivalencia funcional, puede constar por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares

En Colombia lo que se ha pretendido con la expedición del “Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Ley 1437 de 2011; es garantizar la supremacía de la Constitución en las actuaciones de las Autoridades administrativas a pesar haber incurrido en un forzado y reiterativo desarrollo legal de los principios y valores contenidos en nuestra Carta política. Al respecto, se puede decir que de acuerdo con lo que requiere las nuevas necesidades de la justicia, es necesario la implementación de las telecomunicaciones en los diferentes procesos judiciales y administrativos, es por ello que el Derecho Administrativo los ha adoptado para la celeridad, economía y eficiencia en la prestación de los servicios y una pronta solución en las reclamaciones que se pueden presentar entre sus asociados con la administración. Es por esto que el nuevo código contencioso administrativo contempla el uso de los medios electrónicos.

La utilización de los medios electrónicos tendrá la validez y fuerza probatoria de un documento público en medios electrónicos y cuya aplicación siempre ha debido ser de manera directa e inmediata, no obstante resultar imperioso reconocer, en aras de la honestidad académica, que el nuevo Código contiene una especialísima vocación pedagógica hacia sus destinatarios.

LA TECNOLOGÍA EN LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL

El concepto y contenido de la justicia administrativa, la justicia administrativa y el procedimiento administrativo, la ordenación normativa del procedimiento administrativo, son características del procedimiento administrativo, por estas razones es importante establecer que existen materias que no se rigen por el CCA ni por la Ley 1437 de 2011. También están la notificación de los actos administrativos y que sucede por falta, ausencia o irregularidad de las notificaciones, sobre las principales novedades en materia de recursos contra los actos administrativos, improcedencia de los recursos y oportunidad para su presentación, requisitos, rechazo y decisión de los recursos y el nombramiento de grupos especializados para preparar su decisión. Esto obliga a abordar el tema del silencio administrativo (negativo o positivo) en cuanto a sus principales novedades teniendo en cuenta la procedencia. Otro tema es la firmeza de los actos administrativos, su presunción de legalidad, la ejecutoria de los actos expedidos y ejecución en caso de renuencia ligado por supuesto a la respectiva excepción de pérdida de ejecutoriedad.

En Colombia la implementación de la notificación electrónica, dentro de un gobierno virtual o en línea como es ahora llamado, es la reforma más interesante e innovadora pues las otras solo cambian las formas, requisitos, presupuestos en cuanto le da una nueva regulación a la que los organismos administrativos centralizados y descentralizados por servicios o por territorio deben acatar e implementar, entre tanto que la sistematización de todas las funciones y procedimientos de la administración implica un cambio importante, significativo y por demás complejo, pues involucra todos los entes que la conforman.

El origen o fundamento para que el gobierno colombiano haya implementado la tecnología en la administración nacional obedece a la globalización económica motivada por la transmisión de la información a través de los medios tecnológicos innovadores que trae el nuevo siglo con desarrollo de la internet y las comunicaciones, es una de las principales causas para que los gobiernos de los países desarrollados del mundo ingresen a la creación de unas plataformas de comunicación e implementación del gobierno electrónico o gobierno en línea. Ayudando así a mejorar el uso y acceso a la administración de justicia, sustentado en la implementación de estas tecnologías al servicio de todos los entes gubernamentales y por ende a la ciudadanía en general.

Esto trae una importantísima innovación en todo el ordenamiento jurídico y legal del país que se refleja en las modificaciones y adhesiones que presenta el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo.

El Acuerdo PSAA06-3334 de 2006, reglamenta la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia, se refiere a la notificación por medios electrónicos en términos de publicación de la misma en Web otorgándole un carácter informativo.

El uso de la notificación electrónica está soportado en términos de la equivalencia funcional dado que la Ley 527 de 1999 establece que los mensajes de datos tienen la misma validez jurídica que los escritos.

En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió el Concepto No. 1.989 de 2010 según el cual la solución de Notificación en línea diseñada por el Programa Gobierno en línea, es funcionalmente equivalente y tiene el mismo efecto legal de la notificación personal.

Ante el uso masivo de los medios electrónicos en todos los campos de la administración pública, el Sistema Judicial no podía ser la excepción del programa Colombiano denominado Agenda de Conectividad como estrategia del gobierno en línea.

El uso del correo electrónico en comunicaciones oficiales, como son las notificaciones judiciales, en donde están en juego derechos fundamentales (el debido proceso, legalidad, defensa etc.), éstas deberán estar sometidas a unas condiciones especiales de seguridad, como las que ofrece las entidades certificadoras de firmas digitales: los llamados “*Fedatarios Judiciales*”.

El afán de estar a tono con el uso de TIC en los procedimientos judiciales no puede ser excusa para legitimar el uso, de métodos no confiables, sin considerar las consecuencias que genera sistemas que no garantizan seguridad en la transferencia de datos. Efectivamente la jurisprudencia citada por el Consejo de Estado, se refiere a las notificaciones judiciales electrónicas y que para el caso me parece que esta clase de ejercicio en las condiciones expuestas por nuestra Suprema Corte, generan equivocaciones en cuanto a las garantías procesales (violación de derechos fundamentales), temas profundizados por la Ley 1480 de 2011 , estatuto del consumidor por medios electrónicos , ley 1581 de 2012 protección de datos y por último, la ley Hineostroza que vincula los medios electrónicos en el arbitramento.

Si se observa con detenimiento la sala de Casación Penal sobre notificaciones judiciales electrónicas y lo comparamos con los presupuestos exigidos en Colombia por la Ley 527 de 1999, sobre la validez de un mensaje de datos y especialmente de carácter judicial, notarán las equivocaciones de validez: Los artículos 6, 7, 8 y 9, establece los requisitos jurídicos de los mensajes de datos; especialmente el artículo 7º señala que cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma (una notificación-personal- judicial por ejemplo por correo pop) en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

“a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación.

b) El método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.- Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito estableció en cualquier norma constituye una obligación como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma”

Todas estas garantías, sólo las ofrecen los Fedatarios Judiciales o las mismas llamadas entidades certificadoras de firma digital, que garantizarán la integridad, inalterabilidad, y confidencialidad de un mensaje de datos judicial, por lo tanto, se le debe imprimir a una notificación judicial y más si se trata de una que se le quiere dar carácter de personal. El mensaje referenciado por la Corte son los llamados emails pop (post office protocol) estos son, los gratuitos Hotmail, gmail, latináis, etc., y no son de suficiente garantía porque no las ofrecen; las que sí tienen los fedatarios judiciales cuando se implementen. Sin estas características técnicas, los mensajes de datos no ofrecerán ninguna garantía de confiabilidad menos procesal a sus interlocutores. Además de lo anterior, debe existir consentimiento entre el usuario y el sistema judicial del Estado (las Cortes) y esta manifestación no puede ser tácita.

Según lo evaluado estadísticamente, en la mayoría de los países en donde se ha implementado este servicio se torna oneroso para el ciudadano (el servicio se le debe cancelar al Estado), previa a una manifestación expresa de aceptación de uso.

Para aplicar y utilizar estos medios electrónicos de transferencia de información y especialmente para las notificaciones, el Juez de Control de Garantías debe establecer siempre en las audiencias públicas o reservadas, una vez declarada abierta y antes de entrar de lleno en el caso, una consigna más o menos en los siguientes términos: *“Están las partes (Delegado del Fiscal, delegado del Procurador General como Ministerio Público y Defensor*

de confianza o público) en capacidad de aceptar la transferencia de datos judiciales a través de sus correos electrónico con este Estrado”. Con base en esta fórmula se logra que las partes acepten que la autoridad judicial que conozca del asunto, les envíe correspondencia judicial electrónica a sus respectivas direcciones, igualmente que la dirección oficial del Juzgado recepciones sus mensajes.

Finalmente toca recordar que la Ley 794 de 2003, en su artículo 32 que modificó a su vez el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, señala en su párrafo primero, que el Consejo Superior de la Judicatura implementará la creación de las firmas digitales certificadas (los Fedatarios Judiciales), dentro del año siguiente a la promulgación de esta ley, esto es, hablamos a partir del 8 de enero de 2003, y sólo se expidió el Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2 de Marzo de 2006, en donde se establecen los actos de comunicación procesal electrónicos, en donde se legitima el uso de medios electrónicos ordinarios en los procesos judiciales, pero no se dice absolutamente nada sobre la orden dada por la ley en referencia, sobre la implementación de los fedatarios; incluso el mismo acuerdo los identifica a manera de información pero no se refiere a la implementación o como proyecto futuro del sistema judicial que es uno de los puntos de gran preocupación de la ley en estudio, es decir, la de generar garantías de seguridad, confidencialidad, integridad y originalidad en la transferencia de mensajes datos judiciales.

Respecto a esto es importante citar y transcribir parte del texto del acuerdo:

“ARTÍCULO PRIMERO.- DEFINICIONES. Para efectos de aplicación del presente acuerdo se entenderá por:

a) Actos de Comunicación Procesal: Son todos aquellos actos o actividades de comunicación definidas en la ley, que ponen en conocimiento de las partes, terceros o de otras autoridades judiciales o administrativas, las providencias y órdenes del juez o del fiscal, relacionadas con el proceso, así como de éstos con aquellos;

b) Autoridad Judicial: Son los magistrados, jueces y secretarios de los despachos judiciales, que en el ejercicio de su función judicial suscriben los actos de comunicación procesal;

c) Certificado: Es mensaje de datos u otro registro firmado por la entidad de certificación que identifica, tanto a la entidad de certificación que lo expide, como al suscriptor del certificado y contiene la clave pública de éste. Para efectos de la aplicación del presente acuerdo un certificado digital es una clase de certificado;

d) Correo electrónico: Es el mensaje de datos que contiene correo electrónico de texto. El correo electrónico puede contener archivos adjuntos de texto, imágenes entre otros. Entiéndase los archivos adjuntos como parte íntegra del correo electrónico.

e) Entidad de Certificación: Es aquella persona jurídica que, autorizada conforme a la Ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas electrónicas de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a la seguridad de comunicaciones basadas en las firmas electrónicas;

f) Estampado cronológico: mensaje de datos firmado por una entidad de certificación que sirve para verificar que otro mensaje de datos no ha cambiado en un período que comienza en la fecha y hora en que se presta el servicio y termina en la fecha en que la firma del mensaje de datos generado por el prestador del servicio de estampado, pierde validez.

g) Firma Electrónica: Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueda ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos. Para efectos de la aplicación del presente acuerdo una firma digital es una clase de firma electrónica, adicionalmente la firma

electrónica evidencia cualquier modificación al mensaje de datos posterior al envío.

h) Firmante: Es la autoridad judicial o la persona que posee la clave privada para la creación de la firma electrónica y que actúa por cuenta propia.

i) Mensaje de Datos: Es la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como el correo electrónico e Internet. Para efectos de la aplicación de este acuerdo la noción de mensaje de datos no aplica a documentos enviados vía fax.

j) Sistema de Información: Es todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar, conservar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

k) Sitio web: Es el sitio (s) o página (s) web, ubicado (s) en la red pública Internet, que utilicen las autoridades judiciales para cumplir con lo dispuesto en este acuerdo.

l) Servidor Seguro: Sistema tecnológico según el cual, un tercero de confianza, generalmente una entidad de Certificación, valida ante el usuario de una página web, que la página visitada efectivamente corresponde a la que se cree.

m) Sistema de Gestión de casos: Programa tecnológico que permite interactuar remotamente en un trámite judicial de una manera segura y efectiva.

n) Suscriptor: persona a cuyo nombre se expide un certificado.”

En conclusión hasta cuando no se hallen implementados verdaderos Fedatarios Judiciales en los procedimientos judiciales colombianos, no le será legítimo al especialista judicial el uso de estos medios, y así exigir integridad, originalidad, inmediatez y confiabilidad del

mensaje de datos (notificaciones), virtudes que sólo ofrecen las entidades certificadoras, desestimando cualquier intento de rechazo de envío o recepción; ello también le será garantía al usuario del sistema para desvirtuar comunicaciones no recibidas, extraviadas o interceptadas.

Hay un punto interesante para tratar y es la Agenda de Conectividad que es la política del Estado, consagrada en el Documento CONPES 3072 de 2000, dirigida a contribuir con un sector productivo más competitivo, un Estado moderno y una comunidad con mayores oportunidades para el desarrollo, al aprovechar las ventajas que las nuevas tecnologías nos ofrecen.

El ministerio de tecnologías de la información y de las comunicaciones, regula la normatividad del Gobierno en Línea o Electrónico, (G.E.) en Colombia.

En el ámbito internacional, en Colombia, las normas internacionales en seguridad de la información, han sido adoptadas por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación, ICONTEC y el Gobierno Colombiano ha generado normativas de control interno como el MECI1000 y de calidad como la NTCGP1000 apoyado por estándares internacionales (COSO, ISO9001 respectivamente).

EL acceso a la administración de justicia a través de las nuevas tecnologías esta concordado con los principios generales del código administrativo y de lo contencioso administrativo. Que implementa y valida su uso.

Rige como ya se había citado a partir del 2 de julio de 2012 y que sin duda alguna, incidirá de manera importante en la Administración Pública y en el ejercicio de la labor judicial a cargo de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

Se puede establecer también un marco general normativo en los siguientes presupuestos.

- Acceso información. (Art. 74 y 23 de la C.N.).
- Participación ciudadana. Del estado representativo al participativo.
- Privacidad habeas data protección de datos.
- Seguridad de la información.
- Interoperabilidad. Principio de colaboración, entre entidades oficiales. IG.
- Intranet gubernamental. Se refiere a una estructura tecnológica. Compuesta por una Plataforma de interoperabilidad y una infraestructura tecnológica.
- Registros, expedientes y notificaciones electrónicas. Los mensajes de datos tienen la misma validez jurídica que los escritos. Además son medios de prueba.
- Documento y firma electrónica digital.
- Contratación electrónica.

Hay una actividad importante que se realizó con ocasión de la reforma al código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativos través de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, la ESAP y el Consejo de Estado que lo integran, han considerado de la mayor importancia, propiciar la difusión y presentación de esta nueva normatividad, que regirá a partir del 2 de julio de 2012 y que sin duda alguna, incidirá de manera importante en la Administración Pública y en el ejercicio de la labor judicial a cargo de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

Con este propósito se han realizado jornadas académicas, en diversos lugares del territorio nacional, con el fin de presentar y divulgar los aspectos más relevantes contenidos en esta nueva codificación que se hace con respecto al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Estas jornadas académicas están dirigidas a los jueces, magistrados del tribunal y autoridades administrativas tanto centrales, como departamentales y en general a todos los

lugares donde hace presencia la administración nacional por medio de sus entes u organismos.

Los Consejeros de Estado serán los conferencistas y quienes disertarán sobre temas fundamentales del nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el programa académico establecido por el Consejo de Estado.

1.1 DOCUMENTO ELECTRÓNICO

En sentido general, Cardoso Isaza define el documento como “cualquier cosa que siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano” (Cardoso, 1985, p. 359). Del mismo modo, Cernelutti se refiere al documento “en sentido etimológico, como una cosa que *docet*, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un *opus* (resultado de un trabajo)” (Cernelutti, 1944, p. 414).

Normalmente se reconoce al papel como el soporte por naturaleza para representar los documentos, pero también existen otros objetos representativos como la tela, placas, piedras. En consecuencia el Código de Procedimiento Civil ha establecido que “son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares” (Código de Procedimiento Civil Colombiano, Art. 251).

Sin embargo, para la fecha de expedición del Código de Procedimiento Civil no era tan común el uso de los medio electrónicos, por ello el artículo 251 del estatuto procesal no contempló los documentos electrónicos dentro de su definición. Es por ello que, como ha

venido avanzando la sociedad, también ha tenido que avanzar la legislación; y el 18 de agosto de 1999 se expidió por el congreso de la República de Colombia la Ley 527 de 1999, *“por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”*, norma mediante la cual aparece el documento electrónico.

Con la evolución del concepto de documentos, sin dejar de lado el notable desarrollo de la humanidad en materia de informática, se dio lugar al nacimiento del documento electrónico, el cual, según Guerrero, “está contenido en soporte diverso al papel, lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento. Por ello lo han definido como cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptible de ser asimilado en forma humanamente comprensible. El documento electrónico es un método de expresión que requiere de un instrumento de creación, conservación, cancelación, y transmisión; tal instrumento está constituido por un aparato electrónico. De esta forma la disciplina de dicho documento no puede prescindir del computador que lo crea, lo conserva y lo cancela, y la red de terminales de computador que permiten su transmisión” (Guerrero, 1994, pp. 14-15).

Así las cosas, la contextualización del concepto de documento electrónico lleva a realizar un profundo análisis, especialmente frente a los términos “autenticidad” y “confidencialidad”, generalmente utilizados en el léxico del legislador; toda vez que dichos conceptos siempre nos remitirán a un papel físico, por tanto se generará un vacío frente a la existencia de dichas características en los documentos electrónicos.

En primer lugar, se observa que, en palabras de Guzmán, “cuando existe certeza sobre la persona que ha elaborado un documento, lo ha manuscrito o firmado, hablamos de documento *Auténtico*. El documento público se presume auténtico, mientras no se pruebe lo contrario mediante tacha de falsedad. Adicionalmente se define como matriz que sirve para obtener copias” (Guzmán, 1999, p. 122). De esta forma se entiende como históricamente los documentos electrónicos han precisado algunos problemas, especialmente con la confidencialidad y la autenticidad de los mismos. Colombia no ha estado muy distante de

estos dificultades y ha tratado de remediarlas con la entrada en vigencia de la Ley 527 de 1999 y su decreto Reglamentario N° 1747 de 11 de septiembre 2000; y el decreto nacional N° 2364 de 22 de noviembre 2012, por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones.

Al hablar de confidencialidad, nos referíamos a la capacidad de mantener un documento electrónico inaccesible a todos, excepto a una lista determinada de personas. La autenticidad se refiere a la capacidad de precisar si una lista determinada de personas ha establecido su reconocimiento y/o compromiso sobre el contenido del documento electrónico (Guzmán, 1999, pp. 121ss).

La problemática de la autenticidad y la confidencialidad han sido resueltas con la aplicación de las teorías de la década de los sesenta, donde dos matemáticos de la Universidad de Stanford y otros del Instituto Tecnológico de Massachusetts descubrieron que al aplicar algunas fórmulas y conceptos matemáticos era posible imponer la confidencialidad y la autenticidad en la información digital, práctica que denominaron Criptografía.

Con ayuda de la criptografía, las firmas digitales, las entidades de certificación digital, entre otras instituciones del derecho electrónico, se ha forjado un gran cimiento para que las entidades que ejercen justicia, la administración central y en general todas las entidades gubernamentales y no gubernamentales apliquen el documento electrónico y las demás ayudas en el campo de la informática, en aras de aumentar la eficiencia y la eficacia de las actuaciones estatales, con la finalidad de hacer efectivos los derechos de los ciudadanos. En tal sentido, se puede observar la entrada progresiva de ciertas instituciones como el caso de la notificación electrónica en materia administrativa y en materia civil, que como se verá más adelante se pueden encontrar algunas reflexiones.

1.2 APLICACIÓN DE LAS TIC EN LA JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC- son un concepto asociado al de la informática, el cual se ha difundido por todo el mundo, especialmente en lo tocante

con las redes de internet. Han sido un factor imprescindible dentro de la actividad humana, hasta el punto de ser catalogadas como un servicio público esencial, logrando rapidez y efectividad en las comunicaciones y transmisión de la información. Es por ello que el legislador, en su motivación de impulsar el avance jurídico, ha pretendido modernizar la justicia implementando nuevas tecnologías en los procedimientos con el fin de estar a la par del nuevo mundo globalizado y efectivizar la administración de la justicia.

Los primeros antecedentes que surgieron en los procesos administrativos, referente a las tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se presencian desde la creación de la ley de comercio electrónico –Ley 527 de 1999- que acuñó el término de los mensajes de datos. Posteriormente la Ley 962 de 2005 permitió el uso de los medios tecnológicos en lo contencioso administrativo, las cuales fueron un paso muy importante dentro de nuestra legislación para armonizar nuestra sociedad con los cambios que se avecinaban en materia administrativa gracias a las Tecnologías de la Información.

Rivero considera que “actualmente la filosofía de la administración no es la misma que antes, y que hoy tenemos un sector público competitivo, un Estado que quiere adelgazar, una administración que utiliza nuevas técnicas de dirección, un Estado que quiere ser más eficiente para ser mejor aceptado por los ciudadanos. En últimas, estamos frente a la renovación de las instituciones administrativas” (Ortega, 1999, p. 371).

Como se ha venido diciendo, las modernas herramientas tecnológicas y telemáticas impusieron una serie de ayudas a los instrumentos tradicionales, hecho por el cual se ha cambiado totalmente la administración pública, fomentando mayores canales de intercomunicación, sin olvidarse del necesario control y del respeto de las garantías de los administrados.

Si bien es cierto que la electrónica y la telemática proporcionan amplias posibilidades de incrementar la eficiencia en la actividad administrativa, también potencializa innumerables peligros frente a la indebida utilización o descuido de la información, dejando en tela de juicio los derechos e intereses de los ciudadanos. Es por ello que, sustrayendo el pesimismo, y haciendo hincapié en la seguridad, especialmente en materia de confidencialidad, es de

resaltar que ésta es la principal preocupación tanto de las normas jurídicas como de sus operadores e intérpretes, y se busca su protección a toda costa.

De esta forma, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, se ha presenciado la creación de nuevas instituciones jurídicas que tienen como finalidad efectivizar y agilizar los procedimientos contenciosos administrativos; buscando la protección de las garantías y prerrogativas de los ciudadanos. En tal sentido, se puede decir que el adelanto jurídico tecnológico más representativo en esta materia es la implementación del acto administrativo electrónico del cual se desprenden dos consecuencias mediáticas: la aparición de las notificaciones electrónicas y el domicilio virtual.

Rule parece apuntar a una solución. Este autor acuña el término Solución En Línea de Controversias (SELC) y lo define como “cualquier uso de la tecnología para complementar, soportar o administrar un proceso de solución de disputas, cae en el mundo del ODR”(2002, p. 13), es de aclarar que la sigla ODR en inglés significa Sistemas Privados de Solución en Línea de Conflictos Hasta aquí da la impresión de que cualquier forma de asistencia telemática es considerada como ODR; sin embargo, continúa: “ODR se inicia como la administración en línea de procesos ADR, de modo que si el proceso de mediación cara a cara incluye tres etapas (narración de los hechos, narración asistida de los hechos y solución conjunta del problema) eso es exactamente lo que los primeros mediadores en línea intentaban hacer” (p. 44).

En sentido amplio, el acto administrativo es definido como aquella manifestación de la voluntad estatal, encaminada reflexiva y directamente a producir efectos jurídicos, la cual, según el Honorable Consejo de Estado , debe cumplir con ciertos elementos necesarios para perpetrar una correcta gestión pública y son: la existencia de la voluntad, la competencia, el objeto, los procedimientos, la motivación, y la finalidad; de lo cual se desprende que las manifestaciones de la administración deben cumplir esencialmente con todos ellos para desempeñar correctamente su función, según dispone la Constitución y la Ley.

Al respecto, cabe preguntarse entonces ¿hoy en día, el papel es el único medio legalmente idóneo para soportar los actos administrativos? La respuesta es *no*. En concordancia con el Artículo 57 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se permitió la institucionalización del acto administrativo electrónico, “siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la Ley” evitando el desgaste a las autoridades administrativas de tener que expedir sus actos en papel para luego copiarlos en un medio electrónico, facilitando de esta manera la actividad administrativa.

El acto administrativo electrónico tiene la misma fuerza jurídica que el físico, toda vez que se fundamenta en la teoría de los equivalentes funcionales según el artículo 5 de la Ley 527 de 1999, brindando, para ambos casos, los mismos efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier acto administrativo independientemente de la forma como esté constituido.

Del mismo modo, según lo dispone el Artículo 244 del Código General del Proceso y el 216 del C.P.A.C.A., los documentos en forma de mensaje de datos se presumirán auténticos, de tal manera que no se hace necesario que se firmen digitalmente.

Además de dotar de equivalencia funcional al acto administrativo, es necesario hacer lo propio con otros actos que integran el procedimiento administrativo, dando a conocer las decisiones que adopta la administración; toda vez que si no se le otorgara validez a los actos que notifican las decisiones, el acto administrativo seguiría siendo ineficaz.

La notificación en su acepción etimológica proviene de la voz *notificare*, derivada de la palabra “*notus*” que significa conocido” y de “*facere*” que traduce hacer; de lo que se podría entender como “hacer conocer”. No se puede derivar la existencia del acto administrativo definido como “el acto mediante el cual la administración cumple su objetivo de satisfacer los intereses colectivos o interés público”, si este no se ha notificado, pues la notificación se considera parte integral del mismo. Es por ello que el acto administrativo electrónico también debe cumplir con este requisito, ya que en el plano del procedimiento administrativo la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que “la falta de notificación o notificación

irregular de un acto, por regla general no afecta su validez sino su eficacia, es decir, no se podrá exigir su cumplimiento, hasta tanto no se realice en la forma prevista por la Ley, la respectiva notificación” (Laguado, 2003, p. 38).

Dentro del proceso, se puede decir que la notificación es la forma mediante la cual el juez o la autoridad da a conocer su decisión al interesado, acto procesal que hace algunos años no se podía concebir sino únicamente en físico. Es por ello que con la finalidad de modernizar la Justicia nacieron a la vida jurídica las notificaciones electrónicas por expresa disposición de los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A. (reformado por el artículo 612 del C.G.P.) que pretenden brindar la facilidad de informar más rápidamente la voluntad de la administración. En este sentido, se deberán notificar por vía electrónica a las personas públicas de todos los niveles, particulares que deban estar inscritos en el Registro Mercantil, y el Ministerio Público, lo cual evidencia un efectivo avance normativo frente a los principios de celeridad, toda vez que se podrán notificar a todas estas entidades del auto admisorio de la demanda y el mandamiento ejecutivo de pago en los procesos que contra dichas entidades cursen.

La notificación que dispone el artículo 197 del C.P.A.C.A. desprende ciertas características esenciales y acordes a su naturaleza, pues el mensaje deberá identificar la notificación que se realiza, contener copia de la providencia a notificar, y copia de la demanda. De igual forma, los términos que concede el auto en el que se notifica solo comienzan a correr 25 días después de surtida la última notificación, siendo los 25 días un plazo común y se notificará también a la agencia nacional para la defensa Jurídica del Estado, remitiéndoseles por medio de correo autorizado copia de la demanda, de sus anexos y del auto a notificar. Frente a esta situación, cabe preguntarse ¿qué seguridad brindan las notificaciones electrónicas, frente a la originalidad e integralidad de su mensaje?

En lo referente al domicilio virtual, este parte de una simple necesidad concordante con el acto y la notificación electrónica, y es sencillamente ¿en dónde se tiene que notificar el acto? El domicilio Virtual se puede definir como el centro de recepción o envío de comunicaciones, el cual está conformado por la dirección electrónica que constituye la residencia habitual de

la persona en la red de internet, que para el caso particular serían los correos electrónicos o los sistemas de recepción de información, tanto los particulares como la administración.

De esta forma, el domicilio según la norma del código civil establece dos elementos esenciales que son el subjetivo y el físico, entendiendo que este es la residencia habitual, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, definición que permitiría una amplia interpretación dando lugar a la posibilidad de enviar comunicaciones a espacios virtuales frecuentemente habitados por su dueño.

Teniendo en cuenta que con la expedición de la Ley 527 de 1999 se estableció tácitamente el acto administrativo electrónico y que se reguló expresamente en la ley 1437 de 2011, hay que preguntarse si ¿está capacitado social y económicamente el aparato judicial colombiano para afrontar los obstáculos jurídicos y prácticos que se deriva de los actos administrativos electrónicos? Por lo determinado en este escrito, la respuesta es no, pues teniendo en cuenta la innegable problemática social por la que transcurre el país y los escasos recursos económicos con que cuentan las entidades encargadas de poner en marcha estas leyes, como es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, se dificulta su aplicación práctica tanto para la administración como para sus administrados.

Estas modificaciones, aunque demuestran un eficaz avance normativo frente al derecho administrativo en general, deberían haberse aplicado con mucha más anterioridad o en su defecto con un plazo mayor para su aplicación, toda vez que el cambio repentino ha hecho difícil la aplicación en las entidades jurisdiccionales, pues ni la infraestructura ni los medios disponibles son los idóneos para su correcta aplicación, ya que la paupérrima economía del Consejo superior de la Judicatura, o la gigantesca corrupción que hay en el mismo, no permiten la puesta en marcha de esta nueva institución del derecho.

1.3 EL DERECHO DE PETICIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO

A finales de siglo, el Derecho de petición era concebido como un Derecho político porque se dirigía a las ramas del poder público, como un derecho de participación para los reclamos y quejas del funcionamiento de la administración y como un Derecho público subjetivo para

la protección y defensa. Posteriormente, con la constitucionalización de 1991, se catalogó al Derecho de petición como un Derecho fundamental (art. 23) de aplicación inmediata (art. 85), mediante el cual se estima que toda actuación hacia la administración y algunos particulares implica el ejercicio del Derecho de petición.

Hernández Becerra (2012) define petición como “una solicitud verbal o escrita que se presenta ante un servidor público con el fin de requerir su intervención en un caso concreto”; en este sentido, la innovación que nos trae la ley 1437 del 2011 con respecto del Derecho de petición hace referencia a que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante organizaciones, instituciones privadas, personas naturales. El decreto 01 de 1984 expresaba que únicamente este procedimiento se podía surtir ante autoridades.

Por su parte, el Artículo 54 del Código Contencioso Administrativo dispone: “toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos”. El mensaje de datos emitido por la autoridad para acusar recibo de una comunicación, será prueba tanto del envío hecho por el interesado como de su recepción por la autoridad. Cuando fallen los medios electrónicos, el remitente podrá insistir dentro de los 3 días siguientes o remitir el documento por otro medio dentro del mismo término, siempre y cuando exista constancia de la falla del servicio”.

El objetivo del Derecho de Petición se puede determinar como la necesidad de lograr una comunicación entre el Estado y sus asociados. Colombia es un Estado Social de Derecho y cuenta con instrumentos para que sus ciudadanos logren una comunicación con sus administradores para reclamar o consultar en temas de interés tanto individual como colectivo y obtener una pronta respuesta.

En la Constitución Política (Artículo 23) se dice que “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”.

Por otro lado, el Artículo 209 de la Constitución Política expresa que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en

los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

El Código Contencioso Administrativo, Artículo 13, dispone: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución (...). Podrá solicitar el reconocimiento de un Derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos”. El ejercicio de Derecho de Petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación de abogado.

La jurisprudencia también se ha referido al respecto, y mediante sentencia T 508 del 2007 se trató el tema al respecto, toda vez que se permite a los interesados elevar peticiones o solicitudes respetuosas a las autoridades administrativas. La corte señala que el Derecho de petición, consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Nacional, tiene una doble connotación. En primer lugar es un derecho fundamental de aplicación inmediata y, en segundo lugar, la salvaguarda de la aplicación de la participación de los administrados en las decisiones que los afectan y en la vida administrativa de la Nación. La jurisprudencia constitucional ha previsto una doble finalidad del derecho de petición, puesto que, de un lado, permite a los interesados elevar peticiones o solicitudes respetuosas a las autoridades administrativas y, por el otro, asegura una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado, imponiendo de este modo, una obligación a cargo de la administración.

Las peticiones se pueden presentar por medio escrito, por medios electrónicos y verbales. Las peticiones verbales en que las personas no sepan firmar, el peticionario pedirá al funcionario una expedición de la constancia de su petición verbal.

Existen dos situaciones de atención prioritaria: en primer lugar el Reconocimiento o protección de un Derecho fundamental para evitar un perjuicio irremediable, y el segundo es la adopción de medidas urgentes de protección de los Derechos de la vida o la integración personal, hasta que exista una decisión de fondo.

La sentencia T 251 del 2008 señala que el Derecho de petición ante los particulares se hace en tres circunstancias:

- A quien va dirigida la petición, preste un servicio o función pública.
- Se encuentre en estado de indefensión.
- Que sea necesario para proteger un Derecho fundamental.

Una de las innovaciones más importantes en materia del derecho de petición es la aplicación del precedente jurisprudencial, el cual se desarrolla cuando una petición se encuentra en las mismas situaciones fácticas que otra; en este caso se le aplicará el precedente jurisprudencial.

En el mismo sentido, es de resaltar que existen unos deberes especiales para los Personeros distritales y municipales, servidores de la Procuraduría y el Defensor del Pueblo, quienes deben garantizar y proteger el cumplimiento del derecho de petición a través de la asistencia inmediata y efectiva.

La sentencia C-818 del 2011 declara inexecutable los artículos 13 al 33 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por considerar que tienen vicios de procedimiento, toda vez que la regulación del derecho de petición requiere de la expedición de una ley estatutaria por tratarse de un derecho fundamental. La corte difirió los efectos al fallo para el 31 de diciembre del 2014 para que el Congreso expida la correspondiente ley estatutaria y así evitar un vacío normativo.

En conclusión, se puede decir que de acuerdo con lo que requiere las nuevas necesidades de la justicia, es necesario la implementación de las telecomunicaciones en los diferentes procesos judiciales y administrativos, es por ello que el Derecho Administrativo los ha adoptado para la celeridad, economía y eficiencia en la prestación de los servicios y una pronta solución en las reclamaciones que se pueden presentar entre sus asociados con la administración. Es por esto que el nuevo código contencioso administrativo contempla el uso de los medios electrónicos. La utilización de los medios electrónicos tendrá la validez y

fuerza probatoria de un documento público en medios electrónicos. La notificación se realizará siempre y cuando el peticionario haya aceptado o de lo contrario lo hará por otros medios alternativos, el momento de surtida la notificación será a partir de la fecha y hora en que el peticionario acceda al acto administrativo y certificado por la administración. Se llevará un archivo electrónico, en el que se almacena los documentos, asegurando su autenticidad e integridad de la información para su reproducción, el registro de fechas, expedición, notificación y archivo.

1.4 CAPACIDAD PROCESAL

La capacidad se puede definir como aquella suficiencia o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. “Capacidad (*De capacitas*) en su más amplia acepción indica aptitud para ser sujeto de derechos, por una parte y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos” (Valencia y Ortiz, 2000, p.189). En estricto sentido, la doctrina define dos clases de capacidad, la de *goce* y la de *ejercicio*, definiendo la primera como aquel atributo de la personalidad, es decir, perteneciente a todas las personas que se da tanto en el derecho en general como en el procesal; de esta forma es muy simple inferir que puede serlo la persona física o natural, con tal que tenga existencia y hasta que muera. La segunda clase de capacidad, es decir, la capacidad de ejercicio, se define como “la aptitud para actuar por sí en un proceso” (Vescovi, 2000, p. 162) y es esta última de la que se harán algunas apreciaciones.

Entrando en materia, el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 establece quiénes tienen capacidad de ejercicio dentro de un proceso contencioso administrativo, refiriéndose especialmente a las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y haciendo una remisión a las normas civiles cuando se refiere a los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la Ley tengan capacidad para acompañar al proceso. En este sentido, y para efectos del proceso contencioso administrativo, tendrán también capacidad para hacer parte dentro del proceso todas las personas tanto naturales como jurídicas, según dispone el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

De igual forma, y en atención al artículo 627 del C.G.P., entro en vigencia el pasado 1 de enero de 2014, el artículo 53 *Ibidem*, el cual derogó expresamente el artículo 44 del C.P.C., otorgando capacidad procesal o de ejercicio a dos sujetos para que hagan parte dentro del proceso Administrativo como son *el Concebido* y los *patrimonios Autónomos*.

Frente al primero, es decir, la capacidad procesal y personalidad del concebido o *naciturus*, según dispone el numeral 3 del artículo 53 del C.G.P., se le otorga con el fin de protección de sus derechos, y se podrá ejercer por intermedio de quienes ejercerían su representación si ya hubiese nacido. En donde queda revaluada la teoría descrita por el profesor Arturo Valencia Zea frente a la cual la personalidad jurídica humana se reconocía desde que el ser nacía, no desde el momento mismo de la concepción.

La modificación que se evidencia con la expedición del Código General del Proceso, está fundamentada con apego al principio *Pro Homine*, definido como las prerrogativas que tiene el ser humano en su condición de tal con la finalidad que se desarrolle en sociedad, y, por otro lado, el denominado Bloque de Constitucionalidad, el cual está integrado por todos aquellos tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, igualmente por orientaciones de la H. Corte Constitucional, trayendo a colación la sentencia C-133 de 1994 de donde se puede extraer lo siguiente:

“... La constitución no solo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.

La vida que la constitución Política Protege comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera de la madre. Por otra parte, la concepción genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir la viabilidad de la vida independiente,

concentrada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.

La vida del naciurus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado”.

En este sentido, se puede resumir que teniendo en cuenta el estado de especial indefensión en que se encuentra el concebido, y además haciendo énfasis en el bloque de constitucionalidad y el principio *pro homine*, los derechos no solo se adquieren desde el producto de la concepción que es el nacimiento, si no por el contrario su protección se debe hacer efectiva desde el momento mismo de la concepción, pues el ser que se espera que nazca no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.

Frente al segundo sujeto, que mediante el numeral 2 del artículo 53 del C.G.P. se le otorgó capacidad de ejercicio para hacer parte dentro de un proceso, se hace referencia a los patrimonios autónomos, que es otra de las innovaciones en el procedimiento tanto civil como contencioso; toda vez que por la posición jurídica clásica mediante la cual no se catalogan como personas jurídicas y mucho menos personas naturales, al tenor del artículo 44 del C.P.C., no tenían capacidad para ser parte dentro de un proceso, a pesar de que un sin número de doctrinarios los considerara con vida propia.

Al respecto, y con la entrada en vigencia del artículo 53 del C.G.P., se les ha conferido personalidad jurídica a los patrimonios autónomos. Según Chavarro, “ya que su presencia ha dado lugar a una gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico mercantil de inocultable utilidad socio-económica, las cuales tanto podía transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios, por lo que la reforma interpretó esa necesidad de reconocerles personalidad jurídica y la vocación de parte procesal” (2013, p. 126).

En resumen, la innovaciones referentes a la capacidad procesal que se amplió en los procesos contenciosos administrativos, mediante la cual se incluyeron como partes procesales en los términos de los numerales 2 y 3 del artículo 53 del C.G.P. al concebido y

los patrimonios garantizar la tutela judicial efectiva y armonizar las relaciones comerciales de quienes la integran.

1.5 CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

Probares la acción de convencer al juez y confirmar lo planteado, etimológicamente es la comprobación práctica de lo que se alega en los hechos. Morello, opina que “[l]a inteligencia y si se quiere la “astucia”, deben ser utilizadas para descubrir la verdad. Y sobre ellas solucionar el conflicto. Aquellas no deben ser bien miradas cuando se “agazapan” para proteger un interés individual y egoísta, sino por el contrario, cuando se utilizan con criterio solidario para que se pueda cumplir con el servicio de justicia” (2001, p. 13ss.).

El derecho a la prueba está consagrado constitucionalmente desde el derecho al debido proceso, descrito en el artículo 29 de nuestra carta magna, el cual se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, describe textualmente y genera el derecho a *“presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”*. Y en el mismo sentido, cuando se habla del derecho a presentar pruebas, este implica igualmente el derecho a conseguirlas.

Antes de inmiscuir el presente estudio en la carga dinámica de la prueba, es preciso conceptualizar la temática refiriéndonos al artículo 177 del C.P.C. y el 167 del C.G.P., ya que por remisión normativa del artículo 211 del C.P.A.C.A, señalan que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”, es decir, como ya lo habíamos anotado, es un deber de las partes probar cada una de los hechos que le atañen.

La carga de la prueba, según lo define el Profesor Parra:

“Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirvan de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le

indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”. (Parra, 2004, p. 242).

Michelli resume la carga de la prueba en tres puntos, a saber: “a) poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el Juez deberá después formular el propio convencimiento; b) deber del juez de juzgar con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios; y c) necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o del rechazamiento de la demanda” (Michelli, 1961, p. 104).

Ahora bien, la carga dinámica de la prueba es una tesis que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y actualmente se consolida como uno de los pilares del derecho probatorio, el cual encuentra directa aplicación frente a los procesos contenciosos administrativos, toda vez que en los casos en que las partes se encuentren en dificultad de probar los presupuestos fácticos de sus pretensiones, o sencillamente se les haga imposible, por expresa remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, permite aplicar las prescripciones civiles en los respectivos casos concretos.

Esta carga dinámica de la prueba podrá ser aplicable en múltiples casos como los que se sigan con ocasión a intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad que ofrece el quirófano, en un momento dado se convierte en barreras infranqueables para el paciente, para el cuidado común obligado procesalmente a probar aspectos científicos sobre los cuales se edifican los cargos de la demanda. En un sentido práctico, hay ocasiones en las cuales se hace muy difícil para una de las partes establecer los medios probatorios con el fin de hacer efectivo su derecho. Es por ello que, con la expedición del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012, se señala en su artículo 167 la aplicación efectiva de la carga dinámica de la prueba, taxativamente describe: *“según las particularidades del caso, el juez podrá de oficio o a solicitud de parte, distribuir la carga de la prueba entre las partes, en cualquier momento del proceso antes de fallar”*, lo cual tendrá efectos directos frente al procedimiento contencioso, pues conforme la noma y su remisión expresa del Procedimiento Contencioso,

es clara al definir que el legislador atribuyó, a criterio del juez, la carga dinámica de la prueba, lo cual facilitará al operador jurídico proferir un fallo en justicia y derecho.

En este sentido, el juez podrá determinar quién tiene una mejor posición frente a la prueba, ya sea por su cercanía al material probatorio, por tenerla en su poder, por existir circunstancias técnicas especiales que le dificulten probar a una parte, por su intervención directa en los hechos litigiosos o por el estado de indefensión o de incapacidad en que se encuentre la contraparte, entre muchas otras circunstancias similares.

En consecuencia, se puede decir que la carga dinámica de la prueba en materia contencioso Administrativa se concibe como la facultad que tiene el juez de oficio, a solicitud de parte, de distribuir la carga de la prueba frente a determinadas situaciones, en las que para quien teniendo la obligación de probar un supuesto factico, se encuentra en imposibilidad de hacerlo por diferentes circunstancias.

CAPÍTULO II EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO CON ESTADOS UNIDOS, CHILE, ARGENTINA

UBICACIÓN DEL TEMA

A continuación se abordará el Derecho Informático en Colombia, comparado con su homólogo en países como Estados Unidos, Chile, Argentina, de los cuales se colige algunos avances y características especiales como se observará más adelante. El derecho Informático se puede definir como un conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la interrelación entre el derecho y la informática. Es una rama del derecho especializado en el tema de la informática, sus usos, sus aplicaciones y sus implicaciones legales. En opinión de Liceda y Olivera “hasta el presente, en el marco del derecho continental europeo ha predominado la visión de quienes se sitúan en el campo de lo que, particularmente en Iberoamérica, se conoce como ‘Derecho Informático’, traducción de *Rechtinformatik*, término acuñado por el Prof. Dr. Wilhelm Steinmüller, en los años 1970 , (Liceda y Olivera, 2009). Habría que coincidir con estos autores cuando agregan que “que no hay acuerdo sobre el contenido de esta probable nueva rama del derecho, ni siquiera entre los que le reconocen tal carácter y denominación” (Liceda y Olivera, 2009). Ciertamente esta rama del derecho se encuentra supeditada a la evolución de las Tics, con lo cual el denominado derecho informático sufre modificaciones a cada instante.

Con la aparición de las TIC, la historia de la humanidad ha evolucionado en el uso del Internet y las Telecomunicaciones, hecho que ha permitido a los hombres navegar en un universo de conocimientos, brindando información de manera rápida a través de la comunicación por sitios como el chat, donde se permite transmitir y recibir información de cualquier parte del mundo de forma instantánea. Todo parece perfecto, pero no siempre es tan maravilloso.

El uso del Internet sirve para compartir avances científicos, tecnológicos y para el estudio a través de la Web, aplicando en él, educación básica, media e incluso profesional, brindando a los usuarios estudios como idiomas, posgrados (Especializaciones, Maestrías), entre otras

varias posibilidades. De igual forma, cabe resaltar que, aunque estos grandes avances de la humanidad nos han traído innumerables beneficios, también han surgido coetáneamente situaciones que no están lejos de generar una guerra cibernética con la aplicación de los famosos virus, los gusanos, los delitos informáticos, la ciberextorsión, los cuales son causados por delincuentes informáticos con acceso a sitios Web que obtienen información privada de bancos de datos de diferentes empresas.

INTRODUCCION

En Colombia existe el derecho de *Habeas Data*, el cual se colige como un derecho que tienen todas las personas de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales (Ley Estatutaria 1266 del 2008). Esta Ley es aplicable a todos los datos de información personal registrados en bancos de datos que sean administrados por entidades públicas y privadas.

En América Latina, el concepto de derecho informático se comenzó a manejar aproximadamente en los años 80, y a comienzos de los 90 a hacerse realidad la presencia de la informática en la justicia, ya sea mediante Sistemas de seguimiento de casos, también conocidos como “Tracking Systems”; de manejo de jurisprudencia en sistema documentales y de sistemas para el manejo de estadísticas, entre otros. En muchos de estos temas, el impacto de las TIC pasa por la decisión del gobierno si impulsa o no la aplicación de nuevas tecnologías.

Recuerda Echevarría que en los Estados Unidos, el Derecho Informático, ha tenido un contante y enorme avance surgiendo en 1994 mediante el Acta Federal de Abuso Computacional (18 U.S.C. Sec. 1030) con la finalidad de eliminar los argumentos hipertécnicos acerca de qué es y que no es un virus, un gusano, un caballo de Troya y en que difieren de los virus. La nueva acta proscribía la transmisión de un programa, información, códigos o comandos que causan daños a la computadora, a los sistemas informáticos, a las

redes, información, datos o programas (18 U.S.C.: Sec. 1030 (a) (5) (A) ³ (Echevarría, 2013, p.51).

El Acta de 1994 diferencia el tratamiento a aquellos que de manera temeraria lanzan ataques de virus de aquellos que lo realizan con la intención de hacer estragos. Definiendo dos niveles para el tratamiento de quienes crean virus:⁴

- Para los que intencionalmente causan un daño por la transmisión de un virus, el castigo de hasta 10 años en prisión federal más una multa.
- Para los que lo transmiten sólo de manera imprudencial la sanción fluctúa entre una multa y un año en prisión.

“La nueva Ley constituye un acercamiento más responsable al creciente problema de los virus informáticos, específicamente no definiendo a los virus, sino describiendo el acto para dar cabida en un futuro a la nueva era de ataques tecnológicos a los sistemas informáticos en cualquier forma en que se realicen”, (Echevarría, 2013, p.51)

Tal como lo recuerda Reyes, “en los Estados Unidos fue emitida la primera ley sobre firmas por el Estado de Utah, y es conocida como “*Utah Digital Signature Act*”. El comité de seguridad de la información de la división de comercio Electrónico de la American Bar Association emitió, en agosto de 1996, la «Guía de Firmas digitales».

El 15 de agosto de 1997, la conferencia Nacional de comisionado sobre el derecho Estatal Uniforme elaboró el borrador de lo que sería la «Uniform Electronic Transactions Act».

³ Derecho Informático en Estados Unidos,
http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/Arata_S_A/cap1.pdf

⁴http://www.sites.upiicsa.ipn.mx/polilibros/z_basura/HTML/UNIDAD%201/CONTENIDO/Cont%20Unidad%201_1%20EU.htm. Acta Federal de abuso computacional de 1994.

Dicha ley se aprobó el 30 de julio de 1999. La Presidencia, el 30 de Junio del 2000, emite «Electronic Signatures in Global and National Commerce Act».

Comparando a Estados Unidos con Colombia, estamos protegidos por la Ley 527 de 1999, la cual nos da validez legal a la información electrónica; protege jurídicamente la información digital”. (Reyes, 2002).

En Colombia, la Ley 527 de 1999 define y reglamenta el acceso y usos de los mensajes de datos del comercio electrónico y de las firmas digitales y se establece las entidades de la certificación y se dictan otras disposiciones.

- Aplicaciones de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos
- Comunicación de los mensajes de datos
- Comercio electrónico en materia de transporte de mercancías
- Firmas digitales
- Entidades de certificación
- Suscriptores de firmas digitales
- Funciones de la superintendencia de industria y comercio.

La responsabilidad abarca los hechos ilícitos cometidos en Internet, por ejemplo, el uso no autorizado de cualquier material de publicidad, derechos de autor, lema, marca, etc., a través de la red; la violación de la intimidad o privacidad, así como de otros del acceso no autorizado a información en general; el plagio o uso no autorizado de un formato literario o artístico; la transmisión de un virus informático; la injuria y calumnia utilizando como medio Internet. Estamos expuestos a estos delitos informáticos que están presentes en la red y por los cuales ya estamos protegidos gracias al Derecho Informático.

Por su parte, en la República de Chile, la legislación en materia de derecho informático es aún más extensa, y cuentan con una regulación más detallada, cuentan con aproximadamente 6 normas que regulan la materia como son:

Documentos electrónicos y firma electrónica. Resolución n° 759, promulgada el 23 de diciembre de 2003. Fija normas de procedimientos sobre rendición de cuentas.

Ley N° 19.799, promulgada el 25 de marzo de 2002. Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.

Decreto N° 181, promulgado el 09 de julio de 2002. Aprueba reglamento de la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Comercio, contratación y factura electrónica.

Ley N° 19.983, promulgada el 12 de noviembre de 2004. Regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura.

Decreto N. ° 1.312, promulgado el 22 de septiembre de 1999. Establece el sistema de información de compras y contrataciones públicas.

Ley N° 19.886, promulgada el 11 de julio de 2003. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Protección de datos personales y privacidad.

De otro lado, Argentina ⁵ sancionó la Ley 24.766 en febrero de 1997, mediante la cual se protege la información confidencial a través de acciones penales y civiles. Es claro que , la legislación argentina no es muy extensa ni explícita en materia de derecho informático, pues

⁵ Para consultar la legislación argentina sobre informática e internet ver:
<http://www.informaticalegal.com.ar/legislacion-informatica/>

tienen muchos vacíos legislativos los cuales no han permitido un desarrollo armónico de la materia.

Según la normatividad argentina, se considera información confidencial aquella que cumple con lo siguiente.

- Debe ser secreta en el sentido que no sea conocida ni fácilmente accesible para los que usan ese tipo de información.
- Debe tener valor comercial para ser secreta.
- Se debe haber tomado medidas para mantenerlas en secreto.

Ley 25.326: se sancionó en octubre del 2000 para la protección de datos personales en la cual se incluyó un blanqueo moroso, para poder limpiar los datos negativos de deudores en esa época.

Ley 26388: Sancionada el 4 de junio del 2008. Esta ley modifica el código penal argentino, incluyendo los delitos informáticos y sus respectivas penas. Delitos como: Pornografía infantil, violación al correo electrónico, acceso ilegítimo a sistemas informáticos, daños informáticos y distribución de virus, etc.

2.1 PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

Tomando el análisis de los tratadistas internacionales, observamos varios escenarios con el fin de afianzar los objetivos relacionados con la protección al consumidor de comercio electrónico. El crecimiento de la tecnología en los últimos años ha generado avances y cambios en todos los aspectos. La evolución de Internet ha sido uno de estos grandes cambios. El internet ha influido en nuestras vidas y en nuestras costumbres, en nuestra forma de buscar información, de entretenernos, de comunicarnos y por supuesto han aparecido nuevas formas de comprar y vender bienes.

Estos cambios traen grandes beneficios, por ejemplo, hoy en día las personas se comunican desde dos puntos muy distantes del planeta, ya sea a través del teléfono o de

algunos de los medios que ofrece Internet; así mismo, las empresas han encontrado grandes oportunidades en los desarrollos de las comunicaciones, destacando que los costos de las comunicaciones se reducen y que estas tecnologías están al alcance tanto de grandes empresas como de pequeñas empresas.

El desarrollo de estas tecnologías ha hecho que los intercambios de datos crezcan a niveles extraordinarios, simplificándose cada vez más y creando nuevas formas de comercio, y en este marco se desarrolla el Comercio Electrónico.

Se considera "Comercio Electrónico" al conjunto de aquellas transacciones comerciales y financieras realizadas a través del procesamiento y la transmisión de información, incluyendo texto, sonido e imagen, (Catinot, 2001, p. 2).

Si analizamos España, allí se observa que la naturaleza de las leyes en relación a los medios de comercio electrónico es muy amplia, pues, al establecer esta informatización de los órganos legislativos, se da la posibilidad de que a través de Internet y con la creación de páginas web se tenga acceso a información referida a trámites de labores. De manera que, al existir este tipo de comunicación electrónica, los medios de prensa, así como cualquier crítico o individuo, ya sea de carácter nacional e inclusive extranjero, podrán estar al tanto del procedimiento seguido por los assembleístas, buscándose un mejor control de estas labores.

Es importante tener en cuenta la parte contractual mediante el escenario internacional, para realizar las comparaciones relevantes y observar el avance en materia de medios electrónicos e informáticos.

La evolución de la realidad social ha hecho que la base en la que se realizaba un contrato, el soporte verbal o escrito, no sea la única y coexista con el soporte electrónico. Los medios informáticos son importantes para llegar en una forma rápida y oportuna a los grandes mercados internacionales.

2.1.1. PLANEAMIENTO

La informática, unida al sector de las telecomunicaciones, hace que hoy en día se navegue en lo que se denomina las aguas de la sociedad de la información. La constitución de 1978 preconizaba este fenómeno intentando, por un lado, salvaguardar al ciudadano de los peligros de la red y, de otro, atender la denominada “cohesión social”. Se puede hablar de desconexión social o de la soledad de la sociedad de la información, puesto que las nuevas tecnologías permiten, como luego se expresará, celebrar un contrato con alguien que tal vez no conozcamos y que está a miles de kilómetros de distancia. El comercio electrónico es una de las posibilidades que nos ofrece la informática y es una oportunidad que se presenta tanto al consumidor, en tanto que puede elegir el producto ofertado demostrando un interés en el mercado sin moverse de su casa y para la empresa en cuanto que puede reducir costos.

2.1.2. ELEMENTOS DEL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Los elementos esenciales del contrato son: consentimiento, objeto y causa.

El consentimiento: es el concurso de oferta y de aceptación. La aceptación debe ser pura y debe corresponder exactamente a la propuesta en los contratos con medios electrónicos, utilizar las nuevas técnicas contractuales con el fin de agilizar y tener mayor rapidez en los trámites, determinar la voluntad de las partes. No pueden presentar consentimiento los menores emancipados y los incapacitados (Artículo 1263 CC).

Objeto: Es la realidad social sobre la que el contrato recae;

Consumación: Significa el cumplimiento del contrato y de las obligaciones.

Los art: 1091 y 1278 cc disponen que los contratos son obligatorios y las obligaciones nacidas de los mismos tienen fuerza de ley para las partes contratantes, su obligatoriedad se deriva de la voluntad de las partes amparada por la ley.

Como se pudo observar en el capítulo tercero de este escrito, nuestra legislación contempla básicamente tres elementos diferenciales: en primer lugar la capacidad, que

puede ser de ejercicio y de goce: en segundo lugar, el consentimiento, que también es considerado un elemento de la validez de los contratos; en tercer lugar, el objeto y la causa lícitas.

En España, una vez perfeccionado el contrato debe procederse a su pago. Su pago por ser una contratación electrónica debe ser fijado a libertad de las partes, aunque por su agilidad sería conveniente que fuera por el mismo medio electrónico, para evitar que tanto el proveedor como el consumidor se vieran afectados en el futuro. Es de resaltar que este pago sí se regula en el estatuto del consumidor colombiano, como ya lo habíamos estudiado (artículo 50 literal c Ley 1480 de 2011).

En un mundo invadido por la información, medios electrónicos han venido a darle mayor proyección y facilidad para que un gran número de personas estén informadas, y pueda tener la oportunidad de desarrollarse y comunicarse de una mejor manera.

Este nuevo medio de comunicación no puede ser visto de otra manera, toda vez que lo conforman precisamente aun sin número de redes, lo cual genera una gran cantidad de información que circula alrededor del mundo; llevando y trayendo datos de un lado al otro del planeta y por lo mismo convirtiéndose en un medio que acerca continentes de una manera que hace una década atrás lo veíamos como historia de ciencia ficción.

El gran avance tecnológico que la sociedad ha tenido en menos de diez años en cuanto a la convergencia de voz, datos e imagen, por medio de los programas de computación nos ha abierto la puerta para entrar en la llamada superautopista de la información y de la comunicación.

Si bien es cierto, hoy se puede ver como Internet desde que se volcó hacia el exterior se ha ido colocando rápidamente como un medio más de comunicación que además de ser un sistema independiente para su transmisión como el que tiene la de los medios electrónicos, también cuenta con la capacidad de ser parte de cada uno de estos medios. En un principio se pensó que Internet venía a perfilarse como otro medio más de comunicación que incluso iba a competir con los medios tradicionales que tardaron más

de una década en ser reconocidos como medios masivos de comunicación, sin embargo la realidad ha sido que lejos de ser un rival para éstos ha pasado a ser un complemento para ellos, no hay cadena televisiva que no tenga una gran cantidad de correos electrónicos para estar cerca de su audiencia, y que utilice este medio para traer imágenes reales desde el otro lado del planeta, así como las radiodifusoras o agencias de prensa que constantemente se están retroalimentando y con esto, reactualizando información real gracias a la red de redes , y que también cuentan con correos electrónicos para estar más cerca de la gente, y aquí es donde a través de tan citado "e-mail" donde precisamente se puede hacer referencia a la interactividad que caracteriza a este nuevo medio de comunicación y lo distingue de los tradicionales ya que permite que el mismo público tenga participación y de ser pasivo ante los medios se convierta en activo y participe en esta inmensa telaraña de información.

Ahora bien, Internet juega un papel muy importante como medio de comunicación, no solo para apoyar a los otros medios sino independientemente en diferentes áreas de la vida cotidiana, en diversas profesiones y niveles educativos. Internet es utilizado desde las grandes empresas para agilizar su producción y actualizar datos, hasta en el hogar para obtener la información de alguna tarea escolar, alguna duda sobre el conocimiento, así como un medio de entretenimiento y de socialización manteniendo contacto con otra cultura ya sea por medio del correo electrónico o de los chats y las videoconferencias.

Al respecto Soule indica que "Los medios electrónicos reúnen las características esenciales de un medio de comunicación, cumpliendo el esquema más sencillo que propicia la comunicación, " emisor – mensaje – receptor " y la "retroalimentación", (Soule 1999). En sí este medio tan versátil ofrece: Información a nivel Internacional y Nacional de toda índole. Comunicación con personas en cualquier parte del mundo ya sea personal o de carácter profesional.

Así como también su uso a nivel económico donde ha impulsado notoriamente el comercio electrónico. En el área de lo político, facilitando la comunicación entre las diferentes dependencias gubernamentales y los viajes presidenciales donde el contacto

con los temas o discursos a tratar en diferentes países se transmiten instantáneamente. En el campo de lo social donde se puede entablar una correspondencia o bien conversar con cualquier otra persona ya sea de la misma región o de otra sociedad completamente distinta. En lo educativo logrando que se derriben las fronteras del conocimiento y propiciando una mayor facilidad para que la gente tenga una mejor preparación sin la necesidad de hacer grandes gastos tanto de residencia como de materias permitiendo que las personas puedan seguir en su estado sin tener que dejar sus hogares para trasladarse a las grandes ciudades. De entretenimiento o esparcimiento donde a través de la red se puede tener la desde la película que a uno le interese, un tema sobre un hobby o pasatiempo en especial, temas musicales de alguna época en particular, programas de noticias de cadenas internacionales, algún juego determinado en el que incluso se pueda tener un contrincante o aliado dentro de la red; así como el poder conocer otras idiosincrasias sin tener que viajar muchas veces por la falta de tiempo o recursos económicos.

CONCLUSION

El comercio electrónico frente a la ley colombiana establece nuevos retos de orden legal ,en búsqueda de solucionar la necesidad postulados claros referentes a la oferta y la aceptación que pueden ser emitidos por mensajes de datos , adoptando la teoría de la recepción para el perfeccionamiento del contrato e incorporando una nueva modalidad en donde la aceptación también puede ser tacita a través de los contratos o aceptación on line (comunicación simultanea directa chat ,video conferencia web) y of line (correo electrónico, firma digital).

En este contexto la contratación electrónica internacional establece retos para la concepción tradicional del consentimiento, por cuanto se habla de una posible desintegración del concepto del consentimiento teniendo como resultado la confluencia de diversos elementos en el contexto de la línea electrónica así como la concepción de los nuevos contratos browwrap adoleciendo de graves fallas de información en razón a que no se cumplirá con los requisitos que consienten dicho acto o declaración , por cuanto la legislación colombiana esta desprovista de la reglamentación ante están contratos que no

son acuerdos de voluntades especiales sino declaraciones de voluntades unilaterales del propietario de un sitio web sobre la forma como se permite hacer uso del mismo.

A lo largo de esta investigación, sobre todo en el último capítulo se ha planteado y plasmado como los medios electrónicos se ha convertido en un nuevo medio de comunicación y que día con día ha tomado una fuerza e importancia en todas las áreas de nuestras vida.

PARTE 2 EL ARBITRAJE DE LA CONTRATACIÓN COMO UN NUEVO RETO PARA EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

CAPÍTULO I EL ARBITRAJE Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PÚBLICO

UBICACIÓN DEL TEMA

El arbitraje puede ser catalogado como el mecanismo de solución de conflictos más antiguo de la humanidad y tiene sus orígenes desde la época romana, en donde el propio *pater familias* era quien efectuaba las conciliaciones en su familia. Posteriormente esta función se asignó a un árbitro ante el que se planteaban de forma voluntaria las discrepancias o enfrentamientos a través de una ordalía llena de ritos y reglas con un fuerte carácter religioso. Finalmente se le reconoció a las partes la libertad de elección del tercero que debía resolver sus controversias (Pujadas & Freixas, 1980), esta tercera persona era quien tenía la potestad para resolver las controversias existentes entre las personas que lo convocaban.

Por otro lado, la Ley de las XII tablas también contemplaba tácitamente el arbitraje, pues reglamentaba un procedimiento en el cual un magistrado obligaba a la realización de pactos entre las partes con la finalidad de imponer sanciones pecuniarias para sustituir la venganza privada y obligar a las partes a someterse al arbitraje. Esta ley también reglamentaba lo tocante para los casos de la división de herencias, caso en los cuales se obligaba a que se designara a un árbitro para resolver las controversias que se suscitaban con el caso en concreto, siendo ésta la primera forma de arbitraje legal que se conoció en la historia (Agudo, 2006).

En Roma, durante algún tiempo, las partes tenían la facultad de designar los jueces que debían seguir sus controversias y quienes a su vez podían designar facultades judiciales a personas denominadas árbitros para que definieran parte del proceso de litigio. Cuando las partes perdieron la facultad para designar a los jueces y ésta era una facultad únicamente en cabeza del *pretor*, la figura del arbitraje no se eliminó, y por el contrario tomo más fuerza.

El Arbitraje también se convirtió en un eje fundamental para la resolución de controversias durante la edad media, donde fue muy utilizado debido al florecimiento del comercio, y fueron precisamente los comerciantes y las asociaciones gremiales quienes más utilizaron este mecanismo de solución de conflictos. Según Feldstein, “[l]a burguesía encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pasada fue dejada de lado por los nuevos mercaderes” (1998, pp. 37s).

Durante la época de la Revolución Francesa, el arbitraje fue muy bien recibido toda vez que se acomodaba perfectamente a los ideales revolucionarios. Al respecto Robert Jean (1983) señaló: “La revolución gustaba de este modo de justicia al margen de los poderes constituidos, en reacción a los abusos de algunas justicias reales. Así, en ese momento se vivió un florecimiento de disposiciones legales favorables al arbitraje haciéndolo obligatorio en infinidad de materias. El artículo 1° del decreto del 16-24 de agosto de 1790 lo demuestra: “El arbitraje es el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos, los legisladores no podrán expedir disposiciones que tiendan a disminuir las ventajas y eficacia del compromiso”. En el Derecho Francés, el Arbitraje Internacional es hoy en día un derecho de corte liberal, acorde con las tendencias mundiales, aunque guarda ciertas limitaciones como la concesión de recursos en contra de la decisión arbitral y la necesidad del procedimiento *exequátur* para hacer efectivos laudos arbitrales dictados en el extranjero (Boissedon, 1990, 21).

Como consecuencia de la evolución que el arbitraje tuvo con el tiempo, hoy día gran parte de estados cuentan con un régimen interno e internacional que regula el arbitraje conservando características y principios bases de la función arbitral desde comienzos de esta materia.

INTRODUCCION

Aunque en Colombia han existido antecedentes más remotos sobre el arbitraje, es importante reseñar los sucesos más significativos a partir de la Constitución de 1886, en la

cual, si bien es cierto no se contempló el arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos, si lo hizo la Ley 105 de 1890 denominada Ley de Reforma a los Procedimientos Judiciales o Ley a la Reforma al Código Judicial de la Unión, mediante la cual se reguló en sus artículos del 307 al 322 el arbitramento como un mecanismo al que podían acudir las personas capaces de transigir antes o después de la iniciación del pleito.

Con el avance normativo surgió la Ley 103 de 1923 sobre “organización Judicial y Procedimiento Civil” y posteriormente la Ley 105 de 1931 denominado “Código Judicial de la Nación” mediante los cuales también se regularon aspectos muy similares a los de la Ley 105 de 1890 sobre arbitraje, pero el cambio notorio frente a la normatividad surgió con la entrada en vigencia de la Ley 28 de 1931, mediante la cual se estableció en el artículo 12 la facultad a las cámaras de comercio para que sirvieran como tribunales del comercio y resolvieran conflictos con la figura del árbitro y el amigable componedor. (Congreso de la Republica, Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de ley número 176 de 2011 Cámara - 018 de 2011 Senado. Ley de Arbitraje Nacional e Internacional)

Con el Código de Procedimiento Civil se implementaron novedades en el arbitramento especialmente en lo referente al procedimiento, los cuales fueron reproducidos por el Código de Comercio (decreto 410 de 1971), implementando en la normatividad el recurso de anulación que lo resuelve la Corte Suprema de Justicia, como un mecanismo de control Judicial. Por otro lado, el Constituyente de 1991 atribuyó en el artículo 116 amplias facultades jurisdiccionales a los particulares que fungieran en condición de árbitros habilitados por las partes, hecho que evidentemente efectuó un imprescindible giro en la normatividad aplicable para el arbitramento pues lo consagro como una posibilidad Constitucional.

Con la Constitucionalización del Arbitraje en Colombia se abrió la puerta para que esta materia se regulara en un sentido más amplio y garantista. Es por ello que mediante la Ley 1563 de julio 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e

Internacional, se reguló todo lo tendiente a la modernización de la materia y la efectiva aplicación de su procedimiento en el territorio nacional.

1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

La hetero-composición es una institución procesal que se dividió en dos situaciones trascendentales. Por un lado, el nacimiento mismo del proceso judicial tal como se conoce hoy; por otro lado, la posibilidad de remitir hacia un tercero diferente al que el estado propicia (juez), la respuesta al conflicto planteado, este fue precisamente el nacimiento estricto del Arbitraje (Gozáin, 1992).

Aunando a la naturaleza jurídica del arbitraje, se puede decir que ésta ha sido muy debatida en todos los ámbitos, puesto que los diferentes doctrinantes han discrepado frente a sus posturas y han nacido dos grandes corrientes que definen la naturaleza jurídica del arbitraje, de un lado la teoría contractualista y de otro la jurisdiccionalista.

En primer lugar, la teoría contractualista parte de la Interpretación de la denominada *cláusula compromisoria*, mediante la cual, de un acuerdo de voluntades se aparta cualquier Litis del conocimiento de los jueces ordinarios y lo transfiere a un tercero imparcial denominado árbitro. Esta teoría surge desde el principio del acuerdo de voluntades, imprimiendo la máxima importancia del arbitramento en la voluntad de las partes de acceder a él, es decir, que si no existe acuerdo entre quienes contratan, nunca nacerá a la vida jurídica un tribunal de Arbitramento y en consecuencia no se proferirá un laudo.

Por otro lado, la teoría jurisdiccionalista se funda en la función que ejercen los árbitros y la finalidad que buscan las partes. Según Mortara: *“al momento de emitirse el laudo, el árbitro no representa la voluntad alguna más que la propia, de manera que su decisión esta revestida de un sentido de Justicia suficiente como para darle una razón jurisdiccional. Además, si es el mismo ciudadano quien da la causa a la noción del poder jurisdiccional, y el estado convalida ese obrar interesado y justiciero, el resultado no es otro que los árbitros gozan de jurisdicción derivada del estado, no de las partes”* (Comentario del código e delleggi di proceduracivile. Tomo III, pp. 42ss,)

En mi criterio, la naturaleza jurídica del arbitraje podría llegar a ser mixta asumiendo que el tribunal de arbitramento nunca se conformaría si no existiera un acuerdo previo de las voluntades para conformarlo, y de esta forma alejar a la justicia ordinaria de toda decisión que se pretenda tomar en el caso concreto. Por otro lado, una vez las partes, mediante un acuerdo de voluntades, dan nacimiento al arbitraje, éste adquiere una calidad especial conferida por la constitución política en su artículo 116, mediante el cual los árbitros quedan investidos transitoriamente de la facultad jurisdiccional de impartir justicia vinculando desde este punto de vista los dos aspectos.

1.2 NOVEDADES DE LA LEY 1653 DE 2012 EN MATERIA DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL

En primer lugar, el artículo 2 de la Ley 1653 de 2012 estableció la clasificación del arbitraje, estableciendo que puede ser *ad hoc* o Institucional. El primero se da en los eventos en que es organizado y dirigido directamente por los árbitros, y será institucional si es administrado por un centro de arbitraje. De igual forma, este artículo determina que si la controversia se suscita con una entidad del estado, imprescindiblemente el arbitraje deberá ser institucional.

Frente al juicio de arbitrabilidad, es decir, los criterios objetivos o subjetivos bajo los cuales se determina si el objeto de controversia puede ser susceptible de arbitraje o no (arbitrabilidad objetiva) y quiénes pueden ser parte dentro de un proceso arbitral (arbitrabilidad subjetiva), siempre fue materia de controversia judicial; pues en la anterior normatividad no estaba lo suficientemente claro y se dieron varios desaciertos de la misma Corte Constitucional, que había definido que la naturaleza jurídica del proceso arbitral incluía hasta la ejecución de sus propios laudos arbitrales alejándose totalmente de la teoría clásica según la cual se definía el arbitraje comparándolo con un proceso netamente declarativo.

Así, la Corte Constitucional, mediante sentencia T- 299 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), dispuso que: “En nada choca con la Constitución Política el que se someta a la decisión de árbitros el conocimiento de acciones ejecutivas”. Pero hoy por hoy, la legislación colombiana, con la entrada en vigencia de la ley 1653, contempla en su artículo 43 inciso 5º

(disposición contenida en el artículo 40 del decreto 2279 de 1989 -derogado-) que “la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, según el caso”, y no como erróneamente se había llevado.

Otro avance significativo que se puede evidenciar con la ley de arbitraje 1653, es en el tema de la designación de árbitros y secretarios del tribunal. En primer lugar, es la prohibición de que estos no pudiera desempeñarse, “simultáneamente como tal, en más de cinco tribunales en que intervenga una entidad pública o quien ejerza funciones públicas en los conflictos relativas a éstas”, lo anterior con la finalidad de evitar la corrupción, el monopolio, el tráfico de influencias y en general proteger los intereses de las partes y establecer justicia. Por otro lado, es importante resaltar que quien funge como secretario con la finalidad de ejercer imparcialidad en su apoyo al tribunal no debe tener ninguna clase de relación contractual con ninguno de los árbitros ni mucho menos de las partes, al respecto la honorable Corte Constitucional se ha pronunciado diciendo:

“La prohibición de designar como secretario a quien tenga relación contractual, de subordinación o dependencia con alguno de los árbitros es medida que favorece al arbitraje mismo como mecanismo de administración de justicia, por cuanto busca hacer de él un instrumento transparente y depurado de influencias personales contrarias al interés público llamado a permear toda actuación orientada a administrar justicia, sea que se desarrolle con carácter permanente o transitoriamente, como en el caso del arbitraje”. (Sentencia C-305 de 2013)

Siguiendo el estudio de la Corte, y en observancia a la postura que esta última evidenció en el control de constitucionalidad, mediante la cual dejó lucir su posición como Legislador negativo por Omisión, nos parece importante resaltar el hecho mismo que para el tribunal constitucional y para la práctica del arbitramento es significativo analizar con detenimiento aspectos frente a la idoneidad del secretario del tribunal, toda vez que si bien es cierto que los secretarios son quienes apoyan integralmente el procedimiento pre-arbitral antes que se conforme el tribunal, y al no observarse cierta especialidad en ese sentido deslegitima la seguridad del arbitraje y lo convierte en un procedimiento vano y con muchas falencias. Al

respecto, la Corte decidió implementar en la norma aspectos puntuales mediante los cuales se pretende regular y, de cierto modo, suplir el vacío legislativo que se presentó en H. Congreso de la República advirtiéndolo lo siguiente:

“SECRETARIO DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO-Selección de lista del centro de arbitraje en el que se adelanta el procedimiento arbitral, garantiza la idoneidad y confianza que exige dicha labor. La selección del secretario del tribunal de una lista conformada por quienes llenan las condiciones para hacerlo garantiza la idoneidad y confianza que exige la importante labor desarrollada por los centros de arbitraje al apoyar a los árbitros en la misión de administrar justicia, debiéndose destacar, finalmente, que los requisitos exigidos a quienes aspiren a ser secretarios de tribunal arbitral son los de ley y que se dirigen a salvaguardar la moralidad pública y el interés general”. (Sentencia C-305 de 2013)

Actualmente se cuenta con dos recursos que se pueden interponer ante la decisión que dispone el laudo arbitral. Por un lado, el *recurso de anulación* el cual en virtud del artículo 40 de la Ley 1653, se debe interponer ante el tribunal arbitral dentro de los treinta días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo aclara, corrige o adiciona, con la debida fundamentación e indicando las causales que se van a invocar. En este aspecto se evidencia un gran cambio con respecto a la norma anterior, toda vez que el artículo 37 del decreto 2279 de 1989 disponía que el recurso de anulación debía interponerse por escrito ante el presidente del tribunal. Esto chocaba con la práctica jurídica, ya que por lo general las peticiones en el proceso arbitral se presentaban ante el secretario del tribunal, lo que generaba la inquietud de la consecuencia generada si se presentaba ante una persona diferente al presidente del tribunal.

Una vez interpuesto el recurso, se debe surtir el respectivo traslado a la otra parte por un término de quince días. Si se vence se enviará el escrito y el expediente ante la sala civil del respectivo tribunal de distrito judicial que a la vigencia de la ley 1653 sigue siendo la autoridad competente para conocer del respectivo recurso, o ante la sección tercera de la Sala

Administrativa del honorable Consejo de Estado, si una de las partes es una entidad estatal o presta funciones administrativas.

La autoridad que conoce el recurso tendrá que realizar el estudio previo para establecer el cumplimiento de los requisitos de forma y fondo del mismo, decidiendo su admisión e inadmisión. Si el recurso cumpliera todos los requisitos y fuere admitido, la autoridad tendrá que emitir la sentencia dentro de los tres meses siguientes.

La ley 1653 de 2012 establece en su artículo 45 que “Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda”.

De esta manera, el recurso de revisión no sólo procede en contra del laudo arbitral, sino que también procede en contra de la sentencia que resuelve sobre recurso de anulación. Además, no prospera si se interpone invocando la causal de indebida representación o falta de notificación habiendo tenido la oportunidad para hacerlo mediante el recurso de anulación, ya que en este evento se cuenta con la presencia de un defecto saneable; el de la falta del presupuesto procesal de la capacidad para comparecer, el cual está íntimamente relacionado con el derecho de defensa (Quintero&Prieto, 2000, p. 331). Al respecto, estos autores , mencionan que “[p]ese a catalogarse como presupuesto procesal, esta categoría se incorpora notoriamente en el derecho de defensa, encuentra así sus raíces en el principio de bilateralidad de la audiencia y se impregna entonces de la dispositividad que a las categorías que lo componen le es connatural” (2000, p. 331). Hasta este punto se pueden referenciar muy sucintamente, algunos de los hechos más significativos de la ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

1.3 ARBITRAJE ON LINE

En el tráfico mercantil, la palabra “negocio” es muy común, así como es común la palabra “conflicto”. Con la globalización de los mercados, la negociación en todos los aspectos se ha incrementado de forma exponencial y de igual forma han incrementado los conflictos que de ella surgen, pues hay que tener en cuenta que éstas son dos variables dependientes que con el paso del tiempo van a seguir aumentado concurrentemente.

Hoy en día, factores como el internet han permitido acelerar los procesos de negociación, permitiendo la celebración de negocios, aun cuando sus intervinientes se encuentran en lugares muy distantes del globo terráqueo. Es por ello que se hace necesario utilizar los medios por donde surgió la negociación para poder dirimir los conflictos que de ella se susciten, es decir, aplicar los mecanismos alternativos de conflictos *on line*.

Dentro de los sistemas de solución de conflictos, encontramos la conciliación, la mediación el arbitraje, entre otros; los cuales suelen aplicarse dependiendo de la clase de negociación que se haya efectuado, siendo este último uno de los más utilizados por la fuerza vinculante que tiene su decisión.

El arbitraje *On Line* se ha convertido en uno de los mecanismos de solución de conflictos más utilizados para la solución de conflictos, pero en materia internacional se han producido algunas dificultades como la armonía en las diferentes legislaciones que regulan la materia, así como la protección de datos y las garantías para la protección del debido proceso; aun así ha habido gran eficiencia, como se podrá observar más adelante.

La base fundamental para poder iniciar un proceso arbitral, ya sea en línea o fuera de ella, es la existencia de un acuerdo de arbitraje, que no es otra cosa que “la expresión fundamental de la aplicación de una justicia privada y es prueba de su legitimidad” (Wahab, 2004, p. 154). Hecho que hasta hace algunos años no se podía realizar vía electrónica, pues la norma no contemplaba dicha posibilidad teniendo en cuenta que por regla general el acuerdo tenía que ser escrito en medio físico. Hoy en día, gracias al avance tecnológico y normativo, según dispone la ley 527 de 1999, basados en el principio de la equivalencia funcional (art. 5), los documentos electrónicos tienen la misma validez jurídica que los documentos físicos, por lo

que actualmente el acuerdo de arbitraje se entenderá cumplido con una comunicación electrónica, así como lo expresa el literal b del artículo 69 de la ley 1563 de 2012:

Artículo 69. Definición y forma del acuerdo de arbitraje. El "acuerdo de arbitraje" es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o la de un acuerdo independiente.

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito:

a) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquiera forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, o mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

b) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se entenderá cumplido con una comunicación electrónica si la información contenida en ella es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

c) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté contenido en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

d) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En el ámbito internacional, la Convención de New York sobre la ejecución de sentencias arbitrales exige que el acuerdo de arbitraje sea por escrito, el párrafo 2 del artículo II de la convención dispone:

“El Término “acuerdo por escrito” deberá entrañar la existencia de una cláusula de arbitraje en un contrato o en un acuerdo de arbitraje, firmado por las partes o contenida en un intercambio de cartas o telegramas”.

El término “*cartas o telegramas*” fue acuñado por la convención teniendo en cuenta que estos eran los únicos medios de comunicación para esa época, pues en 1958 no se contaba con los actuales medios electrónicos de comunicación con los que hoy nos facilitamos la vida. Como ya se señaló, aplicando el principio de la equivalencia funcional, existen pronunciamientos de tribunales nacionales que admiten que dicho acuerdo estén contenidos en documentos que hagan prueba igual que el documento escrito, con el consentimiento de la partes. (Borgoño 2007). Así las cosas, el concepto de “*cartas o telegramas*”, perfectamente se puede homologar a una comunicación electrónica basada en mensajes de datos.

El comercio electrónico, tanto nacional como internacional, ha hecho que el intercambio de documentos electrónicos (mensajes de datos) reemplace a las comunicaciones por papel. La LMCI es del año 1985, 27 años después de la Convención de New York, y contempla la posibilidad de otras formas de comunicación, indicando que el acuerdo de arbitraje se entiende que es por escrito cuando está contenido en algún medio de telecomunicación que proporcione un registro del acuerdo (Lynch, 2003, p. 392).

CONCLUSION

Como se puede observar de las normas tanto nacionales como internacionales, el acuerdo de arbitraje se puede surtir efectivamente por medios electrónicos, y aludiendo al principio de equivalencia funcional, puede constar por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares.

En lo que corresponde al lugar en donde debe tener asiento el tribunal arbitral, por regla general es el que seleccionen las partes o los árbitros. El lugar de asiento del tribunal de arbitramento repercute infinita importancia para determinar la ley procesal aplicable y el procedimiento arbitral, así como definir la situación concreta en caso de conflicto de leyes. Para el caso concreto del *Arbitraje On Line*, este debe ser determinado por los árbitros seleccionados, quienes deberán seleccionarlo teniendo en cuenta el domicilio principal de las partes que integran el acuerdo arbitral.

CAPITULO II UNA APROXIMACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES A LA APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

UBICACIÓN DEL TEMA

Antes de entrar en el estudio específico de la aplicación de los medios electrónicos en los contratos internacionales, es pertinente iniciar este escrito partiendo de la definición que nos presenta la norma, la doctrina y la jurisprudencia nacional colombiana, respecto de los contratos en sus diferentes modalidades, sus características y demás particularidades que permitirán abordar la temática de una forma didáctica y comprensible, de tal manera que no se requiera ser un estudioso en la materia para comprender claramente el texto.

INTRODUCCION

Según dispone el Código Civil, en su artículo 1495, se define el contrato como: “una acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”. Al respecto es preciso señalar que el espíritu de la norma se quedó corta en algunos aspectos, al menos dos son los más relevantes. En primer lugar, aunque la norma inicia definiendo una clase de contrato, el cual resulta siendo de otra clase diferente, es decir, la norma termina siendo anfibológica ya que en principio hace referencia a un contrato bilateral o sinalagmático cuando dice que “*una parte se obliga para con otra*”, pero termina cambiando todo su sentido, pues al efectuar una interpretación exegética de la norma se puede concluir que se trata de un contrato unilateral, ya que únicamente existe obligación para una de las partes contractuales.

En segundo lugar, cabe resaltar que la referida norma equipara a un contrato con una convención, evidenciándose en este punto un yerro normativo, pues como lo ha definido claramente la doctrina y la jurisprudencia, se puede decir que la convención es el género y el contrato es la especie. El primero necesariamente no genera obligaciones patrimoniales, mientras que el segundo sí lo hace por regla general. Estos dos aspectos que se han tratado en las líneas anteriores son comprensibles en el sentido que la norma del código civil es de 1887, es decir, hace más de cien años, lo cual hace notable el desarrollo en la materia y,

además, fue desarrollada por un hombre que a la luz de la sociedad no tenía amplios conocimientos en derecho puesto que no era su profesión y el desarrollo de su trabajo se efectuó bajo una forma empírica.

Por otro lado, el código de comercio tiene su disposición propia que define el contrato como “*El Acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...*” (Código de Comercio, Art. 864). De la simple lectura de esta última norma se puede observar que se contemplan y corrigen los yerros a los que hace referencia la citada norma del código civil, pues hace referencia tanto de los contratos bilaterales como los plurilaterales.

Frente a la doctrina, se pueden hacer alusión a muchas más definiciones, de las cuales aquí solamente se alude a las más significativas por no ser ésta la materia de este estudio. En primer lugar, Urbano se refiere al contrato como “*una especie de acto jurídico o convención, mediante el cual las partes prestan su consentimiento por una causa determinante, para crear una o varias obligaciones, en cuya ejecución tiene un interés patrimonial*” (2002, p. 16).

Para Ferri, “[e]l contrato puede ser apreciado con dos distintos perfiles, es decir, como hecho y como norma”. Y anota: “*como hecho el contrato es realidad física: conjunto de sonidos de voces, de estrechamientos de manos, de señales de asentimiento, de muy diversos gestos, de escritura y suscripciones. Como norma es una realidad o entidad ideal, es decir, la significación jurídica de dichas voces, tales gestos, de dichas escrituras*” y agrega: “*como hecho pertenece al pasado, a la historia y no puede ser eliminado; como norma entra en vigor y permanece [...]*” (2004, p. XLVII).

2.1 CONTRATO ELECTRÓNICO

El contrato es el eje central de toda actividad en una sociedad, y a lo largo de esta actividad ha habido innumerables cambios para armonizar sus características y efectivizar las necesidades de los actores que intervienen. En principio, hablábamos de contratos únicamente verbales, luego de la aparición del papel se trató de lograr una mayor garantía en

el cumplimiento contractual, pero desde hace más de una década estamos hablando de contratos electrónicos suscritos entre dos o más partes cada uno con sus correspondientes obligaciones y suscrito mediante un “*un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos*”⁶ y que imprime seguridad contractual entre otras cosas.

“La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo afirma sobre los contratos celebrados a distancia: ‘Todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrados en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato’. Ajustando esta definición a los contratos electrónicos podríamos decir que los contratos celebrados por medios electrónicos son aquellos en los cuales la oferta y la aceptación se transmiten por medios electrónicos, sin importar si las partes participantes en el acuerdo están o no en comunicación directa y sin la presencia física simultanea del comprador y el vendedor” (Gómez, 2004, p. 42).

Por su parte, Velandia se refiere al contrato electrónico en los siguientes términos: “*La posibilidad de la contratación electrónica, o en su más estricto sentido, la manifestación del consentimiento electrónico a través de medios electrónicos, es sin duda una herramienta indispensable en el contexto del intercambio comercial globalizado*” (Velandia, 2002, p. 150; citado por Gómez, 2004, p. 43).

En tal sentido, se define el contrato electrónico como un acuerdo de voluntades en el que dos o más partes se obligan mutuamente consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, transmitiendo su oferta y aceptación por cualquier medio electrónico.

⁶Literal C) Artículo 2. Ley 527 de 1999, “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”.

2.2 VALIDEZ DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Los contratos que se celebran por vía electrónica tienen una característica muy singular, puesto que ellos se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes. Claro está que requieren una forma “*ad solemnitatem*” (la electrónica), pues sin ella se deslegitimaría su finalidad. Moreno Navarrete afirma que para que el contrato sea electrónico es suficiente con que la forma de aceptación sea electrónica (1999, p. 36).

Los requisitos de validez dentro del contrato son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita.

a. La capacidad es una presunción legal que admite prueba en contrario. Por regla general, todas las personas se consideran capaces excepto las que la ley o los jueces declaren incapaces. En tal sentido, los sujetos que intervienen en la contratación de cualquier índole deben ser completamente capaces, pues, de no ser así, deberán optar porque obren por intermedio de sus representantes legales.

Existen dos clases de capacidad, la de goce y la de ejercicio. La primera se adquiere desde el mismo nacimiento del ser humano y es inalienable al mismo, y conforma los derechos y obligaciones que tiene cada persona; la segunda es la facultad de poder exigir esos derechos y obligaciones.

b. El consentimiento: al momento de negociar debe estar presente esa intención de contratar, que coincida con la otra parte y que unifique un solo querer. Es por ello que bajo el principio de la libertad negocial o contractual, característico del Derecho Privado, se establece que un negocio jurídico puede celebrarse en cualquier forma, es decir, que la oferta y la aceptación se puede perfeccionar por medios electrónicos aunando esta nuevas técnicas para agilizar los trámites contractuales.

c. El objeto lícito se refiere a la necesidad práctica que el objeto a contratar no sea contrario a las buenas costumbres y el orden público. El Código Civil (artículo 1519) señala que: “*hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto*”.

d. La causa es el motivo o el móvil que lleva a realizar cierta actividad sea o no contractual, y es por ello que debe ir conforme al orden público y las buenas costumbres. Dice el artículo 1524 del Código Civil que *“no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente”*.

Todos estos aspectos o elementos de validez dentro de la teoría general de los contratos son completamente aplicables a la contratación electrónica, en virtud del principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, según el cual *“[...] las reglas introducidas para disciplinar el comercio electrónico no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos (nacionales e internacionales) en el momento de la articulación jurídica de la electrónica como instrumento de transacciones comerciales tiene lugar. [...] la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negócias pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica”* (Illescas, 2001, p. 46).

2.3 EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Antes de hacer hincapié en la formación del consentimiento en materia de contratación electrónica, es pertinente hacer referencia a la oferta, la cual se regula en el Estatuto Mercantil Colombiano (artículo 845) como el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, el cual deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario a través de cualquier medio adecuado. En tal sentido, conforme al artículo 864 *Ibídem*, el perfeccionamiento del contrato, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el momento en que el proponente reciba la aceptación de la propuesta. Pero al tratarse de una presunción de carácter legal, según se infiere del artículo invocado, se concluye que si se desvirtúa probando que el oferente no recibió la aceptación, el contrato no se habría perfeccionado.

Entrando en materia internacional, La Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, aprobada en Colombia por la ley 518 de 1999, establece que la oferta surtirá plenos efectos cuando ésta llegue al destinatario (artículo 15.1).

Por otro lado, el contrato se entenderá perfeccionado en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta, la cual surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente; entre tanto, la oferta y su aceptación llega al destinatario cuando se le comunica o entrega por cualquier medio idóneo al destinatario ya sea personalmente o en su establecimiento, dirección postal o en su defecto en su residencia habitual (artículo 24).

De otra parte, la UNIDROIT estableció una serie de principios sobre los cuales se basa la compraventa internacional, señalando en lo referente al consentimiento que la oferta surte efectos cuando llega al destinatario y el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo, notificando este directamente a la persona en su establecimiento de comercio, en su dirección postal o por defecto en su residencia habitual.

CONCLUSION

Tanto para los principios de UNIDROIT como para la Convención se debe tener en cuenta que la aceptación únicamente surte sus efectos cuando es comunicada al oferente, siendo suficiente que llegue a su establecimiento, dirección postal o residencia habitual, sin necesidad de su conocimiento.

Conforme a lo anterior, son aplicables totalmente las normas internacionales en materia de contratación para la celebración de contratos electrónicos, en el entendido que se perfeccionaría la formación del contrato electrónico cuando la oferta y su aceptación sean comunicadas por medio de un mensaje de datos, sea leído o no, teniendo presente simplemente que dicho mensaje ingrese al sistema de información señalado por el destinatario, o que sea controlado por el mismo.

Para autores como Fernández, *“el contrato se perfecciona cuando la aceptación haya sido emitida por el aceptante por el procedimiento informático correspondiente y haya sido ya recibida por el destinatario oferente o, al menos, haya entrado en el sistema de datos del ámbito de influencia del oferente”* (2001, p.)

Por otro lado, en la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales⁷ no se hace referencia directa al perfeccionamiento del contrato, pero sí se indica el momento en que se considera enviada y recibida una comunicación electrónica, estableciendo en síntesis que: se tendrá por expedida cuando salga del sistema de información controlado por el iniciador. Se tendrá por recibida cuando pueda ser recuperada por el destinatario en: 1. La dirección electrónica designada. 2. Otra dirección electrónica: cuando pueda ser recuperada por el destinatario y tenga conocimiento de que esta comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presume que puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a su dirección electrónica (artículo 10) (Polanco, 2010, p. 25s).

2.4 FORMAS DE MANIFESTAR EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

El consentimiento contractual en el ámbito electrónico se puede manifestar de diversas formas, ya sea directa o indirectamente, coincidiendo en el tiempo o no, *on line* u *off line*. Por medio de este trabajo se va a hacer referencia únicamente a estos dos últimos por los principales y más generales formas de manifestar el consentimiento en el ámbito de la contratación electrónica.

a. *On line*: esta expresión hace referencia a que se está en la línea, que es simultánea, directa o que coincide en el tiempo. El chat y las video conferencias por sus características particulares asimilan la oferta a la propuesta entre presentes, debiéndose aceptar o rechazar una vez sea percibida o leída. Esta solución es similar a la adoptada para la propuesta verbal o telefónica, con sus respectivas adecuaciones (Código de Comercio, Artículo 850). Tal vez la más difundida forma de configurar negocios electrónicos es a través de páginas web, las

⁷ La convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los contratos internacionales de la CNUDMI fue aprobada mediante Resolución 60/21 de 2005, de la Asamblea general de la OUNU, y firmada por Colombia el 27 de septiembre de 2007.

cuales pueden adoptar diversas formas como páginas interactivas, publicidad en páginas web, páginas web como establecimientos de comercio, entre otros.

b. *Off line*: corresponde a la comunicación de manera sucesiva, indirecta, no en línea y sin coincidir en el tiempo, se presenta cuando se establece una oferta por correo electrónico, teniendo en cuenta que entre la emisión y la recepción del mensaje media un término de tiempo prudencial, es decir, la comunicación entre las partes no es instantánea. La oferta por correo electrónico es asimilable al correo tradicional más el empleo de instrumentos tecnológicos generando mayor eficiencia, debiéndose aceptar o rechazar dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, esto si las partes residen en el mismo sitio, de lo contrario se tendrá en cuenta el término de la distancia según el medio empleado (Código de Comercio, Artículo 851; citado por Polanco, 2010, p. 41). Otra forma de contratación *on line* es la que se realiza con ayuda de las firmas digitales, las cuales se explicara continuación.

2.5 FIRMA ELECTRÓNICA

En cuanto a la firma digital o en algunos países también llamada firma electrónica, esta es válida tanto como la firma manuscrita, y es definida según el inciso segundo del artículo 826 del actual estatuto mercantil como: “[...] *la expresión del nombre del suscriptor o de algunos elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal [...]*”. No obstante, la firma electrónica guarda el mismo concepto de la firma manuscrita. La ley 527 de 1999 y su decreto reglamentario 1747 de 2000 estableció la firma digital para los mensajes de datos, definida como “*un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación*”(literal c, artículo 2).

Esta clase de firma se imprime con la finalidad de brindar seguridad contractual, y que los negocios que se realicen intranet sean veraces y efectivos. Corresponde ahora revisar muy

sucintamente si las firmas que consagra el estatuto mercantil son susceptibles de ser utilizadas en los contratos nacionales e internacionales como firmas digitales.

En primer lugar, encontramos la firma a ruego, la cual está prevista para personas que no puedan o no sepan firmar, caso en el cual lo hace otra persona a ruego, dando fe de ello dos testigos e imprimiendo la huella digital o plantar del otorgante (Código de Comercio, Artículo 826 – 3). En este primer caso y haciendo atención a que esta norma es de carácter imperativo, es decir, de estricto cumplimiento, no se podría llegar a utilizar esta clase de firma en la contratación electrónica, pues se resalta que la ley establece como *sine qua non* la impresión de la huella digital o plantar del otorgante, pues en este aspecto fuerza para concluir que no existiría la posibilidad de utilizar esta clase de firma, ya que en este sentido tendríamos que acudir a una entidad de certificación para que preste el servicio de creación de la firma digital y estaríamos hablando de un aspecto completamente diferente.

En el segundo caso nos comporta el estudio de la firma del ciego, siendo esta otra modalidad contemplada en el estatuto mercantil. Al respecto, nadie duda que un ciego tiene la aptitud de manejar una computadora. En muchos casos, la falta de visión no es óbice para manejar la computadora con más destreza y mayor solvencia que un vidente, por ello el artículo 828 *Ibidem* previene que la firma de los ciegos no les obligará sino cuando haya sido debidamente autenticada ante juez o ante notario, previa lectura del respectivo documento de parte del mismo juez o notario.

Frente a lo dispuesto por la norma como firma de ciego, cabe anotar que sería apenas lógico que si el ciego tiene su firma digital certificada por una entidad avalada para tal fin, perfectamente puede aprender a realizar su firma digital, lo cual le permitiría la celebración de cualquier negocio jurídico, a través de un mensaje de datos, suscrito por él mismo, digitalmente, sin necesidad de acudir a nadie en su auxilio. Sin embargo, esta acción, conduciría a algunas consecuencias jurídicas, ya que, si bien es cierto que la firma es creadora de obligaciones, si no se cumplen los requisitos dispuestos en el artículo citado, se produciría la ineficacia del negocio jurídico, hecho que también se entendería subsanado con el aval de la entidad certificadora.

En Colombia, esta firma digital se ha implementado en algunas entidades estatales como la DIAN. Esta firma es digitalizada y luego asignada una clave binaria. En España, México y otros países latinos se ha reformado y adicionado varias disposiciones al código de comercio en cuanto a la firma electrónica.

Por otra parte, las Entidades Certificadoras de la calidad deben ser implementadas en cada país. En Colombia, por ejemplo, estas entidades han sido aprobadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, son las Normas ISO, ICONTEC, y otras como SGS Colombia S.A., BVQI Colombia Ltda., International Certification and Training S.A. (IC & T), Cotecna Certificadora Services Ltda., y la Corporación Centro de Investigación y Desarrollo Tecnológico.

2.6 NEGOCIACIÓN ELECTRÓNICA

Existen diferentes formas de negocios jurídicos que se ejercitan a través de internet. Esta clasificación se deriva de la especie de negocio que desean pactar las partes integrantes, ya sea según su objeto, según el lugar de ejecución del contrato o según los sujetos que intervienen. A continuación se estudia muy sucintamente cada uno de los negocios que se pueden efectuar con la ayuda de medios electrónicos.

En primer lugar encontramos los negocios según el objeto. En esta especie de negocio hallamos dos clases de contratación, una puramente informática, es decir, hace referencia a toda clase de negocio cuya prestación recae única y exclusivamente sobre bienes o servicios informáticos, ya sean tangibles o intangibles, como es el caso de la transmisión de los derechos patrimoniales de autor que recaen sobre los bienes inmateriales o como el soporte lógico de los diferentes equipos de cómputo o la propiedad ordinaria que recae sobre la composición física de los aparatos electrónicos. Otra forma de contratación electrónica según el objeto es aquella en la cual se usa la electrónica como un simple medio, es decir, el negocio jurídico es exactamente igual que en el derecho común, la diferencia recae en que se utiliza la electrónica únicamente como un medio para encontrar el negocio y finalmente no se requiere de ella para ejecutarlo o culminarlo.

En segundo lugar, encontramos los negocios electrónicos según su lugar de ejecución. Según el doctor De Miguel Asensio (2001, pp. 321-323): “los contratos electrónicos según lugar de ejecución pueden ser *directos* cuando toda la ejecución se efectúa con ayuda de los medios electrónicos sin necesidad de realizar actos complementarios por las partes contratantes; y serán *indirectos* cuando no se permite su ejecución a través de medios electrónicos, es decir, necesariamente se requiere ejecutar actos adicionales por las partes contratantes”. Un claro ejemplo de esta modalidad de negocio jurídico lo podríamos evidenciar con la venta de programas de orden lógico para la protección de un sistema operativo, como en la venta de los antivirus, en cuyo caso estaríamos en presencia de un contrato electrónico directo; de otro lado podría ser la compraventa de un bien inmueble, negocio jurídico que requiere un requisito *ad sustancian actus* como es la escritura pública y su posterior registro en la oficina de instrumentos públicos, pues en este último caso estaríamos en presencia de un contrato indirecto.

En tercer lugar, encontramos los negocios jurídicos electrónicos clasificados según los sujetos que intervienen en el acto. Frente a este aspecto se estudian los contratos denominados como B2B (*businesstobusiness*), es decir, los contratos electrónicos que se realizan entre empresas; los contratos B2C (*businesstoconsumer*), es decir, los que surgen entre empresas y consumidores, como por ejemplo, amazon.com y hp.com; y también se estudian los contratos C2C (*consumertoconsumer*), es decir, los que surgen entre consumidores y se realizan a través de comunidades virtuales creadas para distribuir determinados bienes o servicios, como el caso de “OLX” o “mercado libre.com”.

2.7 LA JURISDICCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Los avances tecnológicos y especialmente su aplicación en las actividades comerciales han superado las barreras del tiempo y del espacio, los cuales han influenciado significativamente en las formas tradicionales de hacer negocios. Sin embargo, todos estos cambios originan muchos planteamientos acerca de cuál es el tratamiento jurídico que éstos conllevan.

La contratación electrónica realizada por medios electrónicos, como sitios de internet, plataformas o correos electrónicos son las más utilizadas a nivel mundial para el desarrollo de actividades económicas. Por ésta razón es necesario hacer una análisis de estos “cibercontratos”, lo que trae consigo muchos interrogantes, especialmente ¿cuál es la ley aplicable al contrato electrónico?

Cada Estado debe implementar las Instituciones que realizan esta ardua tarea, las cuales deben afrontar los diferentes retos en cuanto a los posibles conflictos que se puedan generar con la realización de contratos electrónicos, siempre tratando de proteger la información y la seguridad de los contratantes.

2.8 INTEGRACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

La base de los contratos electrónicos es la función del consentimiento o expresión de la voluntad de las partes en el momento de la celebración de dichos contratos. Este consentimiento se da a través de la voluntad, o sea lo que realmente se quiere sin coacción alguna y por ende esté libre de vicios (de lo contrario habría causales de nulidad de los contratos). Estos vicios son el error, la fuerza y el dolo. En España, Puerto Rico y México también han hablado mucho de la manifestación de la voluntad en la realización contractual por medios electrónicos. Estos países, al igual que Colombia, se basan en la ley CNUDMI y simplemente hacen las adaptaciones pertinentes al Estado.

La mayoría de contratos se realizan por adhesión, en donde una de las partes contractuales es la que estipula los términos del contrato y la otra simplemente se adhiere a él, ésta clase de contrato genera muchas veces abuso ya que debido a la necesidad del servicio se obliga a hacer uso del contrato, quedando enajenada la voluntad de una de las partes, obligándose a aceptar los términos y las condiciones de uso de éstos.

Los contratos por adhesión son muy utilizados en los modelos de contratos electrónicos según los sujetos, donde existen diversas formas de comercio como de empresa a empresa, empresa a consumidor, consumidor a consumidor, empresa a inversor. “Los empresarios utilizan con frecuencia este tipo de contrato por adhesión debido a que en estos pueden dejar

estipuladas la mayoría de situaciones posibles con sus potenciales clientes” (Polanco, 2010, p. 79).

La formación del consentimiento en los cibercontratos conlleva la pregunta ¿cuál es la norma de carácter legal que sobreviene a estos contratos? En Colombia contamos con la ley 527 del 21 de Agosto de 1999, la cual está basada en la ley modelo sobre comercio electrónico CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil), creada en 1966, la cual permite modernizar y actualizar las reglas del comercio internacional.

Este órganos jurídico está compuesto por 60 estados miembros, elegidos por Asamblea General de las Naciones Unidas por periodos de 6 años, los cuales se reúnen cada 1 o 2 veces al año para tomar las decisiones pertinentes a la problemática presentada. Estas decisiones siempre se realizan en consenso, además se elaboran reglas contractuales que se incorporan en contratos comerciales y en guías jurídicas. Además, en el año 2001, establece la ley sobre firmas electrónicas, término actualmente muy nombrado pero poco usado debido a la desconfianza que aún suscita.

Adicionalmente existen entidades como la CCI (Cámara de Comercio Internacional) que por medio del proyecto ECP (Electronic Commerce Project) cuyo objetivo es definir las buenas prácticas comerciales que ayuden a crear confianza en las transacciones comerciales electrónicas.

También existe la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), la cual recomienda a los países tomar en cuenta la vulnerabilidad del consumidor en internet para ofrecer una protección jurídica transparente. En junio de 2003, la OCDE publicó los lineamientos para proteger a los consumidores de prácticas comerciales fraudulentas y engañosas a través de las fronteras.

Sin embargo, hay contratos como, por ejemplo, *amazon.com*, *ebay.com*, *mercado libre*. Con los cuales “son contratistas a nivel internacional y quienes operan al margen de las organizaciones estatales en donde la autonomía privada se convierte en el núcleo esencial de regulación en la contratación electrónica, a través de términos y condiciones generales de uso

y contratación electrónica” (Polanco, 2010, p. 83). Estos términos son estipulaciones o pautas que el empresario expone de manera global para los diferentes usuarios, tales como información legal, descargo de responsabilidad, reglas de uso. Ejemplo de estos contratos son los contratos *click* y los contratos *browse* los cuales son contratos por adhesión. En los primeros se debe aceptar para acceder, tienen licencia de términos tales como *gmail.com*, *yahoo.com* y *hotmail.com*. En los contratos *browse*, si el usuario usa el bien o servicio objeto a acceder a página web, ya se establece el vínculo o aceptación automáticamente y además genera una conciencia de obligatoriedad para los usuarios, anulando casi por completo la formación del consentimiento en los contratos. Como estos últimos son contratos por adhesión, los compradores tienen la obligación de informarse perfectamente de los acuerdos contractuales.

Diferente al derecho civil Italiano que estipula que el conocimiento de las condiciones del contrato debe ser previo a la celebración del contrato, el adherente debe informarse y obrar con diligencia y si no conoce las conoce es culpa suya. Por otra parte, La Ley 527 es el marco legal del comercio electrónico de Colombia, la cual hace referencia específicamente al acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico, de las firmas digitales y entidades de certificación; y además establece que “para efectos de la formación y validez de los contratos, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos”. En Colombia, estos mensajes de datos son muy utilizados, especialmente en el sector público y financiero.

La Ley 527 considera que los contratos *browse* conllevan a faltas graves en cuanto a la formación y están viciadas porque niegan el consentimiento, lo cual es causa de nulidad del contrato. La Ley 1266 de 2008, por medio de la cual se dictan disposiciones generales del *Habeas Data* (Ley de protección de datos personales), establece el derecho que tienen las personas a consultar la información que hay sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas (estas disposiciones también están contempladas en los artículos 15 y 20 de la Constitución Política Nacional).

Sin embargo, también hay entes como la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera quienes podrán imponer multas a los operadores, fuentes o usuarios de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países por violar la ley, normas que la reglamenten, así como la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por dicha Superintendencia. En este sentido, es de resaltar que, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso Colombiano, las superintendencias cuentan con facultades administrativas y jurisdiccionales para imponer sanciones e incluso para establecer medidas cautelares previas a un proceso judicial o administrativo con la finalidad de garantizar totalmente el derecho vulnerado.

La validez de los contratos, como ya lo habíamos dicho anteriormente, se da por remisiones a términos y condiciones generales, y se encuentra regulada en el artículo 44 de la ley 527 de 1999, así: “Salvo acuerdo en contrario entre las partes, cuando en un mensaje de datos se haga remisión total o parcial a directrices, normas, estándares, acuerdos, cláusulas, condiciones o términos fácilmente accesibles con la intención de incorporarlos como parte del contenido o hacerlos vinculantes jurídicamente, se presume que esos términos están incorporados por remisión a ese mensaje de datos. Entre las partes y conforme a la ley, esos términos serán jurídicamente válidos como si hubieran sido incorporados en su totalidad en el mensaje de datos”. La norma específica es que los términos de las remisiones deben ser de fácil acceso.

2.9 CONFLICTO DE LEYES

En las relaciones internacionales, en el sentido contractual de internet, no es necesaria la presencia física de las partes, pero sí se debe tener en cuenta la concertación de los negocios. Sobre esto se suscitan interrogantes en cuanto a los conflictos de las leyes del espacio. Respecto a este cuestionamiento hay leyes que entran a resolverlo. En primera medida, la ley aplicable en negocios internacionales es el derecho internacional privado, el cual cuenta con dos vías sobre el derecho aplicable (*Hardlaw* y el *Softlaw*). El *Hardlaw* son las herramientas, los tratados y las convenciones; es vinculante para estados y permite la restricción. Por otra

parte, el *Softlaw* contiene formas de unificación y armonización, no es vinculante para estados, y no permite la coerción.

El derecho internacional privado tiene el principio de la autonomía privada, la cual conlleva a la libertad contractual y permite que los contratantes sean los reguladores de sus propios intereses y establezcan sus propias condiciones. Cuando esta autonomía privada es violada, existen figuras, tratados o acuerdos entre los estados, como la Convención de la Haya de 1986, que en sus artículos 7 y 8 hacen referencia a que la elección de las partes a la ley aplicable en sus relaciones contractuales podrá limitarse a una parte del contrato.

En Argentina, la ley aplicable y la jurisdicción competente son los Tribunales Federales a cuya jurisdicción los usuarios someten. Además está establecido el Código Civil Argentino que tiene un régimen legal de los contratos o contratos con consumidores, para los cuales existe la Ley Defensa del consumidor No 24 de 1993 y Orden Público Art 65.

Existen mecanismos para solución de conflictos en el campo de la contratación electrónica, tales como la conciliación, arbitraje, mediación y asistencia de quejas; los cuales permiten que las relaciones entre contratantes sea más transparente, legal y óptima posible. En caso tal que no se llegue a una adecuada solución de conflictos, se obedece a las disposiciones del derecho internacional privado, cuya regla atribuye competencia al país de domicilio del demandado, siendo posible demandar en el lugar de cumplimiento la prestación base de la demanda.⁸ El arbitramiento es la fórmula para la solución de conflictos. En Colombia lo realiza la Cámara de Comercio, y en otra instancia el Organismo Internacional de Comercio o la UCINTRAL.

⁸Ver Convenio de Bruselas de 1968, Convenio de Lugano de 1988, (sustituídos pero manteniendo el mismo criterio por el Reglamento 44/2001, UE).

CAPITULO III LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS, COMO UN NUEVO RETO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.

UBICACIÓN DEL TEMA

Durante las últimas décadas, el Derecho de Protección del Consumidor ha jugado un papel importante en las relaciones comerciales que se viven cotidianamente. Esto ha hecho que la importancia de esta materia vaya tomando cada vez más relevancia a nivel mundial. A la par del derecho del consumidor, viene creciendo a pasos agigantados el Derecho del Comercio Electrónico, rama totalmente nueva que ha venido a dinamizar las relaciones comerciales como se han conocido hasta ahora, y la cual no ha sido debidamente regulada en nuestra legislación.

Para entrar a definir la contratación internacional por medios electrónicos debe haber referencia a las comunicaciones a través de medios tecnológicos, entendiendo el comercio electrónico como la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios dirigidas a personas indeterminadas que en el ámbito legal son consideradas como invitaciones a presentar ofertas.⁹

Debe analizarse también en qué nivel se dan las relaciones de consumo. Si son a nivel local o a nivel internacional, y éstas deben llevar a la vinculación en aplicación de disposiciones sobre protección de consumidores.¹⁰ Además se establecen varias obligaciones a productores y expendedores frente a los consumidores que acceden a sus servicios a través de medios electrónicos ya sean *on line* como el chat, páginas electrónicas, video conferencia;

⁹ Ley 527/99 art 1 inciso b define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos del comercio electrónico.

¹⁰ Ley 1480 de 2011, art 49: definición de comercio electrónico.

o por medio off line (fuera de la línea), es decir, con personas ausentes, a través del uso del correo electrónico y la firma digital.

La información que legalmente debe ser suministrada en la oferta a los consumidores es relevante para que pueda adoptar una decisión de compra libre y sin ser inducido en error, las más importantes obligaciones en materia de información sobre la identidad del proveedor, las características del producto, el negocio jurídico propuesto, el precio de adquisición y la fecha de entrega del producto. Todas éstas son formas de prevención al engaño sobre la persona con la que se contrata, o sobre el producto, negocio jurídico, precio del producto y entrega del mismo.

La contratación por internet es viable y deben aplicarse las disposiciones sobre contratos entre presentes como entre ausentes, según el método de comunicación aplicado; por lo que sería difícil adoptar un criterio inequívoco para aplicar de manera exclusiva unas reglas u otras. En este orden de ideas, se debe analizar su oferta y su aceptación, teniendo en cuenta varias teorías sobre el momento del perfeccionamiento de los contratos que se sintetizan en que “el contrato nace cuando el aceptante emite su aceptación, o el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al conocimiento del oferente”.

Cada teoría tiene sus respectivas variables sobre la expedición y la recepción (Polanco, 2010). Se revisa entonces la teoría de la emisión, en donde se define el momento de la perfección del contrato como aquel en que el aceptante emite su aceptación de voluntad; si hablamos de términos legales tradicionales estaríamos asimilándola a la teoría de la expedición, en donde no es suficiente la simple declaración de la voluntad para aceptar sino que se debe procurar comunicarla al oferente. Por otra parte, se tiene la teoría de la cognición en donde el momento de la perfección se da cuando la aceptación llega al conocimiento del oferente; se trata de una declaración de voluntad de carácter recepticio cuya proyección en la teoría tradicional es la teoría de la recepción en donde se perfecciona cuando la voluntad de aceptación llega al interés del oferente.

Analizado el tema desde la perspectiva del derecho internacional privado, se pueden desarrollar varias ópticas. La primera está dispuesta por la Convención de las Naciones

Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, aprobada y ratificada en Colombia por la ley 518 de 1999, que estipula que la oferta surtirá efectos cuando llegue al destinatario; así mismo determina que el contrato se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta y en consecuencia esta última surtirá efecto en el momento de la indicación de asentimiento que llega al oferente; por último dispone que la oferta y la aceptación llega al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario.

En cuanto la segunda, se deben revisar los principios de la UNIDROIT que establece que la oferta surte efectos cuando llega al destinatario, que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo; así mismo que la aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación del asentimiento llega al oferente. En cuanto a la notificación, se considera cumplida cuando es comunicada oralmente o entregada al establecimiento o dirección postal.

La convención sobre compraventa internacional y los principios antes mencionados tienen como punto de encuentro la regulación respecto de la oferta, adoptándose la teoría de la recepción y teniendo como variable la teoría de la cognición; ya que una vez comunicada la oferta, al surtir efectos la aceptación del destinatario, se perfecciona el contrato; dicha aceptación debe ser notificada como se ha notado dentro de las dos definiciones.

Para hablar sobre la ley modelo de comercio electrónico de la CNUDMI ¹¹, en ésta no se hace alusión en qué momento se perfecciona el contrato a través de la oferta, quedando un vacío jurídico frente a la formación del contrato, pues solo determina lo relativo a un acuerdo expreso entre las partes oferta y aceptación por un mensaje de datos. Algunos autores determinan que con esta reglamentación queda establecido el momento en que el contrato se perfecciona, orientándose por la teoría de la recepción: “...del mismo se colige la norma de tener por perfeccionado el contrato cuando la aceptación haya sido emitida por el aceptante

¹¹ Ley 527 de 1999: Ley de Comercio Electrónico en Colombia.

por el procedimiento informático correspondiente y haya sido recibida por el destinatario oferente o al menos haya entrado en el sistema de datos del ámbito de influencia del oferente” (Fernández, 2001).

Por último, en la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en contratos internacionales no se hace referencia al perfeccionamiento del contrato, solo se habla del momento en que se considera enviada y recibida la comunicación electrónica, entendiéndose como enviada cuando sale del sistema de información, y recibida cuando pueda ser recuperada por el destinatario concluyendo que se utiliza la teoría de la recepción.

En Colombia, la oferta se regula con el estatuto mercantil o código de comercio (Artículo 845). Allí se habla de negocio jurídico, el cual debe tener los elementos esenciales del negocio en cuanto al perfeccionamiento. El Artículo 864 determina que la perfección se da cuando se recibe la aceptación de la propuesta, aplicando la teoría de la recepción.

Sobre esta última, existe una posición contraria en donde se habla de correspondencia cruzada entre el oferente y el aceptante, y su perfeccionamiento es cuando se expide una repuesta aprobatoria de la oferta.

La ley tiene como objetivo principal proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, en especial: riesgos para la salud, información adecuada de los productos y servicios, educación del consumidor, libertar para constituir organizaciones de consumidores y protección especial para niños y adolescentes en su calidad de consumidores.

3.1 ALGUNAS VICISITUDES DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

Algunos de los puntos clave del Estatuto del consumidor establecen la obligación de ofrecer garantía sobre todos los bienes y servicios que se comercialicen en el país. Se establecen las reglas de protección para el comercio electrónico y se establece el derecho de retracto en todas las relaciones de consumo relacionadas con la venta de bienes o servicios financiados directamente por el productor o expendedor, en los que el consumidor no tenga

contacto directo con el producto, como las ventas a distancia (televentas, ventas por catálogo o internet).¹²

El artículo 49 del Estatuto del consumidor parte definiendo el comercio electrónico como “la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios” (Ley 1480 de 2011), siendo ésta una definición acorde con la normatividad en materia comercial y electrónica, toda vez que parte de la existencia de dos sujetos contractuales como son los proveedores y los consumidores, quienes ejercen sus actos, negocios y operaciones mercantiles a través de mensajes de datos.

3.2 OBLIGACIONES ESPECIALES DE LOS PROVEEDORES O EXPENDEDORES EN MATERIA ELECTRÓNICA

El artículo 50 del Estatuto del consumidor se refiere únicamente a las obligaciones de los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos:

“a) Informar en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada su identidad especificando su nombre o razón social, Número de Identificación Tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono, correo electrónico y demás datos de contacto.

Dicha información se debe realizar con el fin de que el Cliente tenga pleno conocimiento con quien está contratando. El cliente es definido por la misma ley como

¹²El Estatuto del consumidor puede consultarse en:

http://www.legis.com.co/BancoConocimiento/E/estatuto_del_consumidor/estatuto_del_consumidor.as

la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual para el suministro de productos o servicios en desarrollo de su objeto social. El proveedor o productor está en la obligación de brindar toda la información pertinente al consumidor para que éste se sienta seguro de efectuar el negocio jurídico.

b) Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan. En especial, deberán indicar sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto.

También se deberá indicar el plazo de validez de la oferta y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima. Cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos del mismo, se deberá indicar en qué escala está elaborada dicha representación.

En la entrega del bien o la prestación del servicio debe informarse el precio total del producto incluyendo impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirir el bien.

c) Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error.

Igualmente deberá informar el precio total del producto incluyendo todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo. En caso de ser procedente, se debe informar adecuadamente y por separado los gastos de envío.

Antes de finalizada la transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor debe presentar al consumidor un resumen del pedido de los productos o servicios que pretende adquirir. La aceptación debe ser expresa, inequívoca y verificable por parte de las autoridades.

c.1) Cliente Potencial: es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por ésta. Concluida la transacción, debe remitirse un acuse de recibo, a más tardar el día calendario siguiente al que se efectuó el pedido. En este documento se debe incluir información precisa sobre el tiempo de entrega, precio exacto, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago. El proveedor o expendedor deberá mantener en mecanismos de soporte duradero, la prueba de la relación comercial.

d) Publicar en el mismo medio y en todo momento las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar.

Previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por envío o por cualquier otro concepto y la sumatoria total que deba cancelar. Este resumen tiene como fin que el consumidor pueda verificar que la operación refleje su intención de adquisición de los productos o servicios ofrecidos y las demás condiciones, y de ser su deseo, hacer las

correcciones que considere necesarias o la cancelación de la transacción. Este resumen deberá estar disponible para su impresión y/o descarga.

La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.

Concluida la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo, con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.

Queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.

e) Mantener en mecanismos de soporte duradero la prueba de la relación comercial, en especial de la identidad plena del consumidor, su voluntad expresa de contratar, de la forma en que se realizó el pago y la entrega real y efectiva de los bienes o servicios adquiridos; de tal forma que garantice la integridad y autenticidad de la información y que sea verificable por la autoridad competente, por el mismo tiempo que se deben guardar los documentos de comercio.

Según la misma norma, por productos se entiende las operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros.

f) Adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma. El proveedor será responsable por las fallas en la seguridad de las transacciones realizadas por los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos.

Cuando el proveedor o expendedor dé a conocer su membrecía o afiliación en algún esquema relevante de autorregulación, asociación empresarial, organización para resolución de disputas u otro organismo de certificación, deberá proporcionar a los consumidores un método sencillo para verificar dicha información, así como detalles apropiados para contactar con dichos organismos, y en su caso, tener acceso a los códigos y prácticas relevantes aplicados por el organismo de certificación.

Los contratos de adhesión se pueden definir como los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.

h) Disponer en el mismo medio en que realiza comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento.

i) Salvo pacto en contrario, el proveedor deberá haber entregado el pedido a más tardar en el plazo de treinta (30) días calendario a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido.

En caso de no encontrarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad de forma inmediata.

En caso de que la entrega del pedido supere los treinta (30) días calendario o que no haya disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar, según el caso, el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución deberá hacerse efectiva en un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

El proveedor deberá establecer en el medio de comercio electrónico utilizado, un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia.

En el mismo medio se deberá contar con un mecanismo para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que quede constancia de la fecha y hora de la radicación, Salvo pacto en contrario la entrega del pedido debe hacerse dentro de los treinta (30) días calendario. Cuando la entrega del pedido supere este término o cuando no esté disponible el producto, podrá el consumidor resolver terminar el contrato de manera unilateral y obtener la devolución de lo pagado.

La devolución del dinero en estos casos debe hacerse dentro de los treinta (30) días calendario posteriores. El proveedor deberá establecer en el medio de comercio electrónico en un lugar visible e identificable un link para ingresar a la página web de la autoridad de protección al consumidor en Colombia” (Estatuto del Consumidor, Artículo 50)

3.3 EJERCICIO PROCESAL EN EL DERECHO AL CONSUMIDOR

Con la entrada en vigencia del nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) y en conjunto con el Estatuto del consumidor, La Superintendencia de Industria y Comercio ejerce funciones jurisdiccionales, y es por ello que puede de oficio o a petición de parte imponer medidas cautelares hasta por treinta (30) días calendario, prorrogables por otros treinta (30), como el bloqueo temporal de acceso al medio de comercio electrónico. Esto procede cuando existan indicios graves de que se están violando los derechos de los consumidores y mientras se adelanta la investigación administrativa correspondiente. Esta medida, aunque no es nueva, sí es muy beneficiosa en materia de derechos del consumidor, pues permite que mientras se decide de fondo sobre la vulneración o no de los derechos del comprador *on line*, se protejan posibles desmedros a las prerrogativas de los consumidores, las cuales pueden ser irreparables.

Por otra parte, previo a interponer una demanda ante cualquier autoridad competente, es necesario observar la caducidad de la acción, toda vez que las demandas para efectividad de garantías deben presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía. Debe aportarse prueba de que la reclamación se efectuó dentro de la vigencia de la garantía. Las controversias netamente contractuales deben presentarse dentro del año siguiente a la terminación del contrato. En los demás casos, deben presentarse dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.

Como requisito de procedibilidad de la demanda, debe adjuntarse la reclamación directa hecha por el demandante al productor o proveedor, reclamación que puede haberse presentado por escrito, telefónicamente o verbalmente. Se dará por cumplido el requisito de procedibilidad de reclamación directa en todos los casos en que se presente un acta de audiencia de conciliación.

La Superintendencia ha creado una etapa preliminar en los procesos judiciales con el fin de incentivar un arreglo negociado a los conflictos antes de decidir sobre la admisión o no de una demanda. También se diseñó un esquema de convenio en virtud del cual las empresas pueden recibir de manera unificada notificaciones referentes a los procesos ante la Superintendencia en su contra.

El proveedor o productor debe dar respuesta a cualquier reclamación dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la recepción. Si no se responde dentro del término, la falta de respuesta se tendrá como indicio grave en contra del proveedor o productor. La negativa comprobada a recibir una reclamación dará lugar a la imposición de sanciones así como a que dicha actitud será considerada como indicio grave.

Es de resaltar que en lo pertinente a las multas, si la decisión final de la demanda es favorable al consumidor, la SIC y los jueces pueden imponer, además de la condena correspondiente, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se tendrán en cuenta causales de agravación tales como: la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, la renuncia a cumplir

con las obligaciones legales. No procede la multa cuando el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana lo hechos en la contestación de la demanda.

También es de acuanar que la Superintendencia puede ordenar modificaciones a los clausulados generales de los contratos de adhesión cuando sus estipulaciones sean contrarias a lo previsto en la ley y por tanto puede imponer sanciones por inobservancia de las normas en el estatuto tales como: Multas de hasta dos mil (2000) salarios mínimos legales vigentes o el cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por ciento ochenta (180) días.

La SIC también podrá imponer como sanción la prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos, ordenar la destrucción de un determinado producto, multas de hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras se permanezca en rebeldía. Cuando se compruebe que los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales han autorizado o ejecutado conductas contrarias al estatuto, se les pueden imponer multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la prohibición de ejercer el comercio por cinco años.

3.4 TIPOS DE PAGOS ELECTRÓNICOS Y CUMPLIMIENTO DEL LITERAL C DEL ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

Existen diferentes formas de realizar el pago vía internet, pero es de aclarar que es una obligación del proveedor poner a disposición del consumidor los medios de los cuales disponen para realizar los pagos, así como el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error. Los siguientes son algunos de los tipos de pago que se contemplan intra net para efectivizar el pago de un negocio jurídico:

1. Monedero electrónico: tarjeta inteligente como fichero en un ordenador basada en un sistema prepago a cambio de dinero real.

2. Protocolo SET (SecureElectronicTransaction) utiliza procedimientos de cifrado simétrico y asimétrico, firmas digitales y certificados

3. Cheques electrónicos: utilizado en empresas PYMES.

Por otra parte, el art 8 de la directiva 97/7/CE (protección a los consumidores en materia de contratos) prevé la posibilidad de pago con tarjeta de crédito. En igual sentido, los estados miembros velarán porque existan medidas apropiadas para que;

- El consumidor solicite la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago.

- En caso de utilización fraudulenta se abonen al consumidor las sumas en concepto de pago o se sustituya.

La ley 1480 de 2011 tiene un alcance muy importante, ya que la mayor parte de información es transmitida por medios electrónicos. La Internet ha roto barreras físicas y geográficas y posibilita el comercio electrónico, el cual ha beneficiado tanto el proceso de fabricación, hasta la distribución de producto final al consumidor. Gracias a estos medios se ha reducido tiempo y costo de transacción para efectuar las compras, pago y distribución de productos y/o servicios.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 y 29 (parciales) del Decreto 3466 de 1982. En Colombia, el comercio electrónico ha venido creciendo año tras año, ya que se hace innegable e irreversible su impacto en actividades económicas, sociales y judiciales; pero a esto es importante resaltar que así como existe un emisor y un destinatario, también se garantiza la protección de estos para efectos de comunicación real y no modificable que puede alterar la integridad de uno de los dos actores, lo que da plena seguridad en las transacciones electrónicas.

**CAPITULO IV EL CONSENTIMIENTO Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.
REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS Y LA PROTECCIÓN DE NORMAS
DE DERECHOS AL CONSUMIDOR.**

Para que exista un contrato electrónico y se guarden las garantías de los consumidores, se deberá cumplir con los requisitos de consentimiento, complementario a los requisitos para la existencia de un contrato, están los requisitos para su validez.

4.1 CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO Y MODELOS DE NEGOCIOS

Las clasificaciones que se han hecho en torno a la contratación electrónica, entre las que se destacan las que tienen en cuenta el objeto del contrato, su ejecución a través de la red, su relación con las tradicionales formas de contratación y los sujetos que intervienen se analizan desde la perspectiva de los derechos del consumidor para observar los efectos que estas generan en el negocio jurídico.

4.2 EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento se ha definido como el acuerdo o concurso de voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones y de los actos unipersonales complejos. La ley tiene como objetivo principal proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, en especial: riesgos para la salud, información adecuada de los productos y servicios, educación del consumidor, libertad para constituir organizaciones de consumidores y protección especial para niños y adolescentes en su calidad de consumidores.

Algunos de los puntos clave del Estatuto del consumidor son: establecer la obligación de ofrecer garantía sobre todos los bienes y servicios que se comercialicen en el país; se establecen las reglas de protección para el comercio electrónico y se establece el derecho de retracto en todas las relaciones de consumo relacionadas con la venta de bienes o servicios financiados directamente por el productor o expendedor, en los que el consumidor no tenga contacto directo con el producto, como las ventas a distancia (televentas, ventas por catálogo o internet).

El proyecto regula la responsabilidad por productos defectuosos y la responsabilidad por la falta de eficiencia o calidad de los bienes muebles e inmuebles. Así mismo, regula la totalidad de contratos de prestación de servicios.

4.3 DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Los consumidores tendrán derecho a recibir productos de calidad que no ocasionen daño en condiciones normales de uso. Es idóneo brindar y recibir información de los productos y de los riesgos que puedan resultar de su consumo o utilización, además de reclamar ante las autoridades por daños y perjuicios ocasionados por los mismos. Cabe notar que ahora es posible recibir protección contra la publicidad engañosa.

Por otra parte, los consumidores son libres de elegir libremente los bienes y servicios que requieran, también podrán asociarse y organizarse para proteger sus derechos e intereses. Así mismo los ciudadanos tienen derecho a la educación sobre los derechos de los consumidores.

4.4 DEBERES DE LOS CONSUMIDORES

Informarse respecto a la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor, obrar de buena fe frente a los productores, proveedores y autoridades públicas y cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos.

DEFINICIONES

Consumidor o usuario: toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

Garantía: obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de

idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto.

Producto: todo bien o servicio;

Productor: quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

Publicidad engañosa: Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.

Así mismo, el proyecto de ley regula las normas sobre temas de: garantías, prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, responsabilidad de daños por producto defectuoso, información, publicidad, protección especial, contratos de adhesión, ventas por métodos no tradicionales o a distancia, protección al consumidor de comercio electrónico, especulación, acaparamiento, usura y acción de protección al consumidor

CONCLUSIONES

Está claro que los procedimientos tanto administrativos como judiciales utilizando medios electrónicos son los suficientemente adecuados para la defensa y protección de los derechos del consumidor, esto en la medida en que las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), como se conocen hoy en día, han permitido revolucionar de una manera drástica la forma de vivir de las personas, toda vez que le han impreso a las actuaciones de la sociedad características como la celeridad, la eficacia y, con ello, un intercambio multicultural. Las TIC se han convertido en el eje central de las relaciones personales a nivel mundial, teniendo en cuenta que se puede catalogar como una herramienta sofisticada, veraz y rápida para el cambio de información, que ha permitido acercar a las personas que geográficamente se encuentran a kilómetros de distancia.

Ahora bien, los **medios electrónicos son adecuados para la defensa y protección de los derechos del consumidor** ya que por ejemplo, en materia procesal, las TIC han servido de apoyo para lograr un mayor nivel de eficiencia en las actuaciones, sin trasgredir garantías constitucionales como el debido proceso y el acceso a la justicia que son inviolables dentro del Estado social de derecho, y además, en búsqueda de convertir al sistema tradicional en un sistema de justicia de carácter electrónico.

Otro argumento plausible es que los mecanismos tradicionales mediante los que se efectúa un proceso judicial son completamente ineficaces frente al producto de la implementación de las TIC, toda vez que hacen más efectiva la tutela judicial. Gracias a que el gobierno ha brindado acceso a estas tecnologías con el perfeccionamiento del Software de comunicación y la implementación del gobierno en línea se han previsto grandes beneficios aunque también enormes problemas.

La problemática que se ha evidenciado con el apoyo en la implementación de las TIC dentro de los procesos es la falta de cobertura nacional, pues todos los despachos judiciales no tienen la capacidad técnica ni la infraestructura adecuada para que la justicia colombiana genere el efecto esperado con la ejecución de las TIC.

Ciertamente se puede deducir, por otra parte, que la implementación de los medios electrónicos en la justicia ha producido innumerables beneficios como son la comodidad para los administrados, toda vez que pueden hacer seguimiento a los procesos por vía electrónica especialmente para quienes residen lejos del domicilio del despacho judicial.

Teniendo en cuenta que Colombia es uno de los países con más alta congestión judicial de América Latina, el Arbitraje On Line se ha convertido en una alternativa interesante para la solución de conflictos, convirtiéndolo en una alternativa viable y económica frente a los demás Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

En este trabajo se evidenció como problema que con la puesta en marcha de la Ley que regula el arbitraje en Colombia su lado existe una innumerable reglamentación que ha desnaturalizado la esencia de rapidez, flexibilidad y efectividad, que en la teoría se evidencia con el arbitraje pero que en la práctica lo dificulta.

El comercio electrónico frente a la ley colombiana establece nuevos retos de orden legal que buscan solucionar la necesidad de postulados claros referentes a la oferta y la aceptación que pueden ser emitidos por mensajes de datos, adoptando la teoría de la recepción para el perfeccionamiento del contrato e incorporando una nueva modalidad en donde la aceptación también puede ser tácita a través de los contratos o aceptación *on line* (comunicación simultanea directa chat ,video conferencia web) y *off line* (correo electrónico, firma digital).

En este contexto, la contratación electrónica internacional establece retos para la concepción tradicional del consentimiento. Esto se debe a una posible desintegración del concepto del consentimiento que tendría como resultado la confluencia de diversos elementos en el contexto de la línea electrónica, así como la concepción de los nuevos contratos browsewrap, adoleciendo de graves fallas de información ya que no se cumpliría con los requisitos que consienten dicho acto o declaración. En este sentido, la legislación colombiana está desprovista de la reglamentación ante contratos que no son acuerdos de voluntades especiales, sino declaraciones de voluntades unilaterales del propietario de un sitio web sobre la forma como se permite hacer uso del mismo.

A lo largo de esta investigación, especialmente en el último capítulo, se ha planteado y plasmado cómo los medios electrónicos se han convertido en un nuevo medio de comunicación y que día a día han tomado una fuerza e importancia en todas las áreas de nuestras vidas.

En un mundo invadido por la información, los medios electrónicos han venido a darle mayor proyección y facilidad para que un gran número de personas estén informadas y pueda tener la oportunidad de desarrollarse y comunicarse de una mejor manera.

Este nuevo medio de comunicación no puede ser visto de otra manera, toda vez que lo conforman precisamente un sinnúmero de redes, lo cual genera una gran cantidad de información que circula alrededor del mundo; llevando y trayendo datos de un lado al otro del planeta y por lo mismo convirtiéndose en un medio que acerca continentes de una manera que hace una década atrás era una historia de ciencia ficción.

El gran avance tecnológico que se ha tenido en menos de diez años en cuanto a la convergencia de voz, datos e imagen nos ha abierto la puerta para entrar en la súper-autopista de la información y de la comunicación.

Desde que la Internet se volcó hacia el exterior se ha ido colocando rápidamente como un medio de comunicación que, además de ser un sistema independiente para su transmisión, también cuenta con la capacidad de ser parte de cada uno de los otros medios de comunicación. En un principio, se pensó que Internet venía a perfilarse como otro medio más de comunicación que incluso iba a competir con los medios tradicionales que tardaron más de una década en ser reconocidos como formas masivas de comunicación. Sin embargo, la realidad ha mostrado que la Internet no es un rival para éstos y ha pasado a ser un complemento para ellos. No hay cadena televisiva que no tenga una gran cantidad de correos electrónicos para estar cerca de su audiencia o que utilice este medio para traer imágenes reales desde el otro lado del planeta, así como las radiodifusoras o agencias de prensa que constantemente se están retroalimentando y, con esto, reactualizando información real gracias a la red de redes. A través del correo electrónico o *e-mail* se ha podido hacer referencia a la interactividad que caracteriza a este nuevo medio de comunicación y lo

distingue de los tradicionales, ya que permite que el mismo público tenga participación y pase de ser un usuario pasivo a ser un participante activo en esta inmensa telaraña de información.

Ahora bien, la Internet juega un papel muy importante como medio de comunicación, no solo para apoyar a los otros medios, sino independientemente en diferentes áreas de la vida cotidiana, en diversas profesiones y niveles educativos. Internet es utilizado tanto por las grandes empresas para agilizar su producción y actualizar datos, hasta en el hogar para obtener la información de alguna tarea escolar, alguna duda sobre el conocimiento, así como un medio de entretenimiento y de socialización, manteniendo contacto con otra cultura ya sea por medio del correo electrónico o de los chats y las videoconferencias.

Los medios electrónicos reúnen las características esenciales de un medio de comunicación, cumpliendo el esquema más sencillo que propicia la comunicación, “emisor – mensaje – receptor” y la “retroalimentación”.

En sí, este medio tan versátil ofrece: información a nivel internacional y nacional de toda índole. Comunicación con personas en cualquier parte del mundo ya sea personal o de carácter profesional.

Igualmente, la Internet tiene un uso a nivel Económico y ha impulsado notoriamente el comercio electrónico. En el área de lo Político, ha facilitado la comunicación entre las diferentes dependencias gubernamentales. En el campo de lo Social, donde se puede entablar una correspondencia o bien conversar con cualquier otra persona ya sea de la misma región o de otra sociedad completamente distinta. En lo educativo, logrando que se derriben las fronteras del conocimiento y propiciando una mayor facilidad para que la gente tenga una mejor preparación sin la necesidad de hacer grandes gastos tanto de residencia como de recursos, permitiendo que las personas puedan seguir en su estado sin tener que dejar sus hogares para trasladarse a las grandes ciudades. De entretenimiento o esparcimiento, donde a través de la red se puede tener acceso a películas, información sobre un hobby o pasatiempo en especial, temas musicales de alguna época en particular, programas de noticias de cadenas

internacionales, algún juego determinado en el que incluso se pueda tener un contrincante o aliado dentro de la red; así como poder conocer otras idiosincrasias sin necesidad de viajar.

La naturaleza jurídica del arbitraje podría llegar a ser mixta asumiendo que el tribunal de arbitramento nunca se conformaría si no existiera un acuerdo previo de las voluntades para conformarlo, y de esta forma alejar a la justicia ordinaria de toda decisión que se pretenda tomar en el caso concreto. Por otro lado, una vez las partes, mediante un acuerdo de voluntades, dan nacimiento al arbitraje, éste adquiere una calidad especial conferida por la constitución política en su artículo 116, mediante el cual los árbitros quedan investidos transitoriamente de la facultad jurisdiccional de impartir justicia vinculando desde este punto de vista los dos aspectos. En conclusión, como se puede observar de las normas tanto nacionales como internacionales, el acuerdo de arbitraje se puede surtir efectivamente por medios electrónicos, y aludiendo al principio de equivalencia funcional, puede constar por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares

Finalmente, se puede decir que de acuerdo con lo que requiere las nuevas necesidades de la justicia, es necesario la implementación de las telecomunicaciones en los diferentes procesos judiciales y administrativos, es por ello que el Derecho Administrativo los ha adoptado para la celeridad, economía y eficiencia en la prestación de los servicios y una pronta solución en las reclamaciones que se pueden presentar entre sus asociados con la administración. Es por esto que el nuevo código contencioso administrativo contempla el uso de los medios electrónicos. La utilización de los medios electrónicos tendrá la validez y fuerza probatoria de un documento público en medios electrónicos. La notificación se realizará siempre y cuando el peticionario haya aceptado o de lo contrario lo hará por otros medios alternativos, el momento de surtida la notificación será a partir de la fecha y hora en que el peticionario acceda al acto administrativo y certificado por la administración. Se llevará un archivo electrónico, en el que se almacena los documentos, asegurando su autenticidad e integridad de la información para su reproducción, el registro de fechas, expedición, notificación y archivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAHUALPA PÉREZ, Andrés, El Derecho Fundamental de Petición, Pontificia Universidad Javeriana, 2004. http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_JuridicasJuridicas/pub_rev/univ_est/pdfs/cap.%206.pdf. PaginaPágina web consultada el 30 de mayo de 2011.

BORGÑO, José Luis. (2007).Arbitraje Comercial Internacional On Line. *A.E.R.I.* Vol. XXIII, 247-278.

CARDOSO, Jorge. (1985).*Pruebas Judiciales*. Bogotá: Librería Jurídica Wilches.

CARNELUTTI, Francisco. (1944).*Sistema de Derecho Procesal Civil. (Tomo. II)*. Trad. de Niceto Alcalá –Zamora y Castillo & Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha.

CARNELUTTI, MATTHIE DE. (1990). *Le droitfrançais de l'arbitrage interne e Internacional*, Paris GLN.

CATINOT, Silvia Guadalupe, (2001). La imposición indirecta en las operaciones de comercio electrónico. Ponencia fue presentada en la “Conferencia sobre las Administraciones Tributarias en un Mundo Electrónico”. OCDE, CREDAF, CIAT, IOTA, realizada entre el 3 al 6 de julio de 2001. Montreal. Canadá, disponible en: www.estudiocatinot.com.ar/, consultado el 04/08/2016.

CHAVARRO, Roberto Mario. (2013). *Introducción al nuevo proceso contencioso administrativo*. Bogotá: Editorial Jurídica Sánchez R. Ltda.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. (2001).*Derecho privado de internet* (2ª edición). Madrid: Civitas.

DUQUE Arbeláez, Juan Pablo, (2012). Consideraciones acerca de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expide y se adopta el nuevo “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Boletín N° 30 Del Instituto de estudios constitucionales, Escuela de Derecho, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.

ECHEVARRÍA, Guido, (2013). Procedimientos y medidas de seguridad informática, disponible en: www.lulu.com.

FELDSTEIN, Sara. (. (1998).*El Arbitraje*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

FERNÁNDEZ, Rodolfo. (2001). *Contratación Electrónica. La presentación del consentimiento en Internet*. Barcelona: Ed. Boch.

FERRI, Luigi. (2004). *Lecciones sobre el Contrato. Curso de derecho Civil*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

FLORES, Rubén. (2004). *Garantías de los Derechos Humanos. El Habeas Data*. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos16/habeas-data/habeas-data.shtml>

FORERO, David. *Análisis de las ventajas y desventajas de la Ley Lleras en Colombia*. Disponible en: <http://daveforero.blogspot.com/2012/11/analisis-de-las-ventajas-y-desventajas.html>

GÓMEZ PEREZ, Víctor Iván. (. (2004). *Realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Carrera de Derecho.

GOZAÍN, Alfredo. (. (1992). “. “Derecho Procesal Civil”. En: *Teoría General del Derecho Procesal* (Volumen 1), Capítulo II. Buenos Aires: Editorial Ediar.

GUERRERO, María Fernanda. (1994, abrilAbril). *El mercado de valores desmaterializado (aspectos técnico-legales)*. Ponencia del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario. Santiago de Chile.

GUZMÁN, Leonardo. (1999). *Documento Electrónico*. Archivo General de la Nación. Bogotá D.C.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, “La Jurisprudencia en el Nuevo Código”, *Publicación del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código del Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2012*. Bogotá: Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República.

ILESCAS ORTIZ, Rafael. (2001). *Derecho de la contratación ElectronicaElectrónica*. Madrid: Civitas.

LAGUADO, Roberto. (2003). *Actos administrativos por medios electrónicos*. Bogotá. Disponible en: http://alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/laguado_0.pdf

LICEDA Ernesto, Olivera Noemí, (2009). Reflexiones sobre el carácter del Derecho Informático. Trabajo publicado en XIII Jornadas de Investigadores y Becarios en Cs. Jurídicas y Sociales Mar del Plata- Argentina.

LONDOÑO, Néstor. (. (2010, enero-junio). “El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40 (Nº 112), 123-142.

LYNCH, K.A. (2003). *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.

MICHELLI, Gian Antonio. (1961). *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Europa-América.

MORELLO, Augusto. (2001). *Tendencias modernas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

MORENO NAVARRETE, Miguel. (1999). *Contratos Electrónicos*. Madrid: Marcial Pons.

MORTARA, Ludovico. (1905). *Comentario del Codice e Delle leggi di Procedura Civile* (Tomo III). Milán: Villardi.

ORTEGA RIVERO, Ricardo. (1999, junio Junio). “La renovación de las instituciones jurídico-administrativas: perspectivas del derecho administrativo español”. *Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana*, (Nº 96), pp. 363-437.

Pág. 359.

PARRA QUIJANO, Jairo. (2004). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

POLANCO LÓPEZ, Hugo. (. (2010). *Formación del consentimiento en la contratación electrónica*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

PUJADAS, FREIXAS. (. (1980). “Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho Romano”. *Revista I.D.A*, vol. 163. Citado por Silva, Guspar Lera. (1998). *El Ámbito de aplicación del Arbitraje*. Pamplona: Aranzandi Editorial.

QUINTERO, Beatriz & PRIETO, Eugenio. (2000). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.

REYES Kraft, A. A. (2002), La firma electrónica y las entidades de certificación, consultado el 04/08/2016. www.cervantesvirtual.com/servlet.

ROBERT, Jean. (1983). *L'arbitrage (Arbitrage)* (5ª Edición). Paris: Dalloz.

Rule, Colin. (2002). *Online Dispute Resolution for Business B2B: e-commerce, consumer, employment, insurance, and other commercial conflicts*. Cambridge: Joseey-Bass

S O U L E M a r t i n e z, E l i z a b e t h, (1999). Internet como nuevo medio de comunicación. Tesis para obtener el título de licenciado en técnicas de la información, México, D.F.

URBANO SALERNO, Marcelo. (2002). *Contratos Civiles y Comerciales (Comerciales (volumen 2))*. México: Oxford University.

VALENCIA ZEA & ORTIZ MONSALVE. (2000). *Derecho civil, Parte General y Personas* (16ª edición). Bogotá: Editorial Temis.

VANEGAS TORRES, Gustavo (q.e.p.d.); BALLÉN MOLINA, Rafael; DAZA GONZÁLEZ, Alfonso; ÁVILA PACHECO, Víctor Manuel; CADENA AFANADOR, Walter; MATÍAS CAMARGO, Sergio; GÓMEZ HERNÁNDEZ, Bersarión; BOCANEGRA ACOSTA, Henry; PEÑA MELÉNDEZ, Wilson Libardo y GALEANO, Juan Pablo (2010), Guía para la elaboración de Proyectos de Investigación (3ra. edición). Centro de Investigaciones Socio jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Libre, Bogotá D.C

VARGAS Lleras, Germán. (2011). “Proyecto de Ley 41 de 2011 Senado, por la cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet” [” [Ley Lleras]. Disponible en:

http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=241&p_consec=28543. AGUDO RUIZ, Alfonso. (2006, Diciembre). “Crítica Bibliográfica a Antonio Fernández de Buján, jurisdicción y Arbitraje en el derecho Romano”. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja* (REDUR). Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos./dd/redur/numero4.htm>

VELANDIA, Ramiro & RINCÓN, Erick.(. (2002). *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

VESCOVI, Enrique. (2008). *Teoría General del Proceso (Proceso (2ª edición))*. Bogotá: TEMIS.

WAHAB.Mohamed. (2004). “. “The Global Information Society and Online Dispute Resolution: a New Dawn for Dispute Resolution”. *Journal of International Arbitration* 143.

REFERENCIA DE JURISPRUDENCIA

- Colombia Corte Constitucional, T – 010 de 1993, M.P. Dr. Jaime Sanín Greifenstein.
- Colombia Corte Constitucional, T- 105 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia Corte Constitucional SU-166 de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia Corte Constitucional, T -707 de 2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda.
- Colombia Corte Constitucional, T -998 de 2006, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.
- Colombia Corte Constitucional, T-957 de 2004, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza.
- Colombia Corte Constitucional, T-377 de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia Corte Constitucional, T- 511 de 2010, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto

- Colombia Corte Constitucional, T-920 de 2008, M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional. sentencia C-133”. M.P. Barrera Carbonell, A. Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional sentencia T 251 del 2008
- Colombia, Corte Constitucional sentencia C-818 del 2011M.P.Jorge Ignacio Pretelt
- Colombia, Corte Constitucional sentenciaC-248/13 M.P Mauricio González C
- Colombia, Corte Constitucional Sentencia C-305 de 2013

REFERENCIA DE NORMAS

Colombia. (1991). Constitución Política. Bogotá: Legis.

Colombia. Congreso Nacional de la República. (1999, 18 de agosto). “Ley 527 de 1999, por medio de la Cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial 43.673 del 21 de agosto de 1999. Bogotá

Colombia. Congreso Nacional de la República. (2011, 18 de enero) “Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expide el Código de ProAcedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. En: Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011, Bogotá.

Colombia. Congreso Nacional de la República. (2012, 12 de julio). “. “Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012. Bogotá.

Congreso de la Republica, Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de ley número 176 de 2011 Cámara - 018 de 2011 Senado. Ley de Arbitraje Nacional e Internacional. Debate Ley 176 de 2011) Gaceta 321/12, junio del 2012, disponible en: www.sic.gov.co, consultada el 04/08/2016.

